20.

DISSERTATIO JURIDICO-INAUGURALIS DE TRANSACTIONE;

QUAM,

AUXILIANTE NUMINIS GRATIA,

EX

CONSENSU INCLYTÆ FACULT. JURIDICÆ

IN ALMA ET ANTIQUISSIMA PALATINO-ELECTORALI ACADEMIA HEIDELBERGENSI

PRÆSIDE

FRANCISCO ALEF

JCto. Sereniſſimi Electoris Palatini Regiminis Conſiliario, inque dictâ Academia Profeſſore Juris Publico & Ordinario,

PRO LICENTIA

SUMMMOS IN UTROQUE JURE HONORES

CAPESSENDI

PUBLICÆ DISQUISITIONI IN AULA MAJORE

EXPONUNT

JOANNES JACOBUS

Et

JOANNES WILHELMUS

} KYLMANN, Duſſellani fratres.

Anno reparatæ ſalutis MDCCXXXVIII.

Die 19. Septembris horis conſuetis.

HEIDELBERGÆ,

Ex Typographejo Academico per Joannem Jacobum Hæner.

ILLUSTRISSIMO,
EXCELLENTISSIMO,
AC PERQUAM
GRATIOSO DOMINO,
DOMINO
TILMANNO
S. R. I. LIBERO BARONI
DE HALLBERG,
DYNASTÆ
IN FUESGENHEIM &c. &c.
Sacræ Cæsareæ Majestatis
CONSILIARIO AULICO,
Serenissimi & Potentissimi Electoris
Palatini
CONSILIARIO STATUS
INTIMO,
AC CANCELLARIO AULICO,
DOMINO NOSTRO PERQUAM
GRATIOSO.

ILLUSTRISSIME,
EXCELLENTISSIME,
AC
PERQUAM GRATIOSE
DOMINE!

DIni, post multam, ac vix non suspectam moram, adrepimus debitores, pluribus, & ad invidiam variis, obstricti titulis; quos celebrare Tua, quæ prorsus singularis, vetat modestia. Bini, non in solutum (abest enim pretium) sed velut agniti tesseram debiti, præsentes exhibemus pagellas; eo Consilio, ut memoris animi gratitudo

titudo inducias ſaltèm impetret ſolutionis. Tranſigere enim (ûtùt placeret) non licet : dum abeſt dubium. Gratuitam remiſſionem obtinere pacto, nolumus: dum arctiùs tibi devinciri, ac toti, toti tui eſſe, cupimus. Quid igitur? hoc reliquum eſt, ut, qui palatinæ Reipublicæ clavum tenes, tótque ducatuum moderaris gubernacula, in partem, utùt minimam, laborum nos aliquando voces, atque ita occaſionem ſuppedites, quâ expungere debitum, ſit integrum. Ita optant, ita precantur Tuorum

ILLUSTRISSIME, EXCELLENTISSIME,
AC PERQUAM GRATIOSE DOMINE!

Clientum Devotiſſimi

JOANNES JACOBUS
Et
JOANNES WILHELMUS } KYLMANN.

DISSERTATIO JURIDICO-INAUGURALIS DE TRANSACTIONE.

CAPUT I.

De Transactionis Etymologia, Varietate, & Origine.

I.

VErbum tranſactio ex præpoſitione: *trans*, & Subſtantivo: *actio*, coaluiſſe, jam dudum notarunt Eruditi. Et hinc quibusdam tranſactio videtur, idem eſſe, quod actionis vel motæ, vel movendæ *tranſitio*, ſeu *tranſitus* ab actione. Aptiùs, meo quidem judicio, dici poterit, *tranſigere*, nihil eſſe aliud, quàm id *agere*, ut trans (id eſt ultra) Controverſiam ſeu litem ponaris. Commodiſſimè verò dixeris, *tranſigere* aliud non eſſe, quam *dividere*. Sic

Etymologia nominis.

Sic Silius *lib. 4. vers. 396. transegit pectora mucro.* Ut transigere Controversiam, idem sit, atque eam dividere.

Varia acceptio vocis.

II. Varius autem hujus vocis, cùm apud Phylologos, tùm apud juris-Consultos, usus: Sumitur enim, nec infrequenter, in sensu largo pro cujusvis negotii expeditione, seu absolutione. Ita *in leg. 229. ff. de verb. signif.* dicitur: *Transacta, finitave intelligere debemus non solùm, de quibus controversia fuit; sed etiam, quæ sinè controversiâ sunt possessa.* Sic Seneca *Epist. 90. transigere sinè suspirio noctes.* Sic & Solinus *Cap. 3. menses hyeme transacti.* Item Lex *63. §. fin. ff. de acquirendo rerum dominio. Post transactum autem tempus.*

III. Sumitur etiam (& sic paulò strictiùs) pro quávis dissidii confectione; sive hæc per judicem, sive per arbitrum, sive etiam per juramentum fiat. Sic *in leg 2. & 31. ff. de jurej.* dicitur lis transigi per jusjurandum.

IV. Sumitur denique in sensu proprio, eóque hujus loci, pro rei dubiæ ab ipsis partibus non gratuitò factâ compositione; prout colligitur *ex leg. 1. ff. h. Cap. 7. ⁂ h. t. & leg. 38. Cod. eod. Tit.*

V. In

V. In tranſactionis, ita acceptæ, originem ſi inquiramus, placet acutiſſimo Noodio, in libro ſingulari ad Edictum Prætoris *de pact. & tranſact. Cap. 1.* eam legibus duodecim Tabularum ſuos debere natales; ac quidem illi, quam poſt variantium lectionum examen, vir Clariſſimus tandem ſic conſtruit: *Rem ubi pagunt oratione, ratum eſto. Ni ita pagunt: In Comitio, aut in foro, ante meridiem cauſam conjicito.* Erant enim (ſic pergit ibidem antiquitatum Romanarum Scrutator ſagaciſſimus) duæ experiundi viæ: Una ſummi juris; altera inter parietes. Priore licebat actori, reum in jus vocare propriâ authoritate, nullâ adhuc editâ actione. Etiam licebat ei non ſequentem ſtatim, niſi ſatis, vel cautum daret, factâ anteſtatione, ducere, atque etiam rapere in jus. Poſteriore ſolebat actor reo actionem edere, ante in jus vocationem. Sæpe etiam pactionum conditiones offerre; aliquando de eis deliberandi facultatem, & tempus permittere. Tale exemplum apud Terentium, *adelph. 2. 1. verſ. 40. & ſeq.* Etiam huc ſpectat ordo Edicti perpetui: In quo Julianus Edicta de Edendo, & de Pactis, poſuit ante Edictum de in Jus Vocando: Ut in Digeſtis ſub

Origo tranſact.

Titulis de in jus vocando, de Edendo & de Pactis facilè intelligitur ex ſerie librorum Ulpiani, & Pauli ad Edictum. Sic ille.

VI. Verùm quis credet, ante emendicatas haſce à græcis tabulas, Romam (de tempore Mythico nil dicam) adeo fuiſſe exlegem; ut omnem prorſus ignorârit tranſactionem? Imo quis eam ſocietatis humanæ adeo credederit exſortem; ut nulla unquam amica compoſitio inter gentem tam humanam ſit audita? Quemadmodum proinde ex ipſo rectæ rationis dictamine fluit libera de rebus ſuis diſponendi facultas: Ita & paciſcendi, & tranſigendi arbitrium inde promanat; quod a jure Romano reſtrictum potius, quàm introductum eſſe conſtat: Eò quòd pactis ademptam ſciamus vim producendi actionem in foro efficacem; prout in materiâ pactorum fuſiùs notari ſolet.

CAPUT II.

Quid ſit tranſactio, & quotuplex.

An, & qualis ſit contractus tranſactio.

VII. SI (quod habet Lex 202. *ff. de Reg. juris.*) omnis in jure periculoſa ſit definitio; tranſactionis non poteſt non eſſe periculoſiſſima: Idque

Idque vel ex hoc capite; quia nondum inter Authores convenit: Sítne tranſactio ſpecies pacti, an contractus. Et ſi poſterius: An nominatus ille, vel innominatus; ut hanc ob cauſam difficile ſit, genus proximum (quod bona definitio exigit) deprehendere.

VIII. Præmittendæ igitur ſunt diſcordantium hoc in puncto Juris-Conſultorum opiniones; hæque diſcutiendæ priùs; ut eo ſecuriùs, in adornandâ definitione, procedere liceat.

IX. Sunt, quibus ſedet, tranſactionem neque pactum, neque contractum, ſed vel hujus, vel illius eſſe duntaxat creaturam, ſeu effectum. Opinio Baſileenſium.

Et ita Baſileenſes *Vol 1. Diſp. 7. §. 49.* ubi ſic: Nos nihil horum, tranſactionis naturâ inſpectâ, recipiendum, imò tranſactionem nequidem conventionem, ſed litis deciſionem, quæ vel per pactum vel contractum fiat, dicendam arbitramur. Ut enim cauſa ab effectu, vel hoc, quod ex aliquo fit, ab eo, per quod fit, omnino eſt diſtinguendum: Si: Tranſactio, Pactum, & Contractus non ſunt confundenda. Ita etiam ante hos Bachovius *in Treut. de tranſ. Theſ. 1. lit. D.*

X. Hanc autem ſententiam egregiè refu- Refutatio.
tat Haunold. *de jure & juſt. Tract. 10. Cap. 10.*

Controv. 1. n. 984. dicendo : Quàm leve hoc ſit, intelligunt Logici : Qui ſciunt genus, & differentiam dici cauſas & partes intrinſecas Metaphyſicas ſpeciei ; & hoc ſenſu ſpeciem fieri, ſeu conſtitui genere & differentiâ. Sanè argumentum (ſic pergit ſubtilis Author) probaret, quòd nec Emptionis, Locationis &c. genus eſſet contractus ; nam etiam, ſine abſurdo, dici poteſt, emptionem fieri pacto, & conventione.

Noodii ſententia.

XI. Placet Noodio, tranſactionem quandoque in terminis nudi pacti ſubſiſtere ; quandoque contractûs innominati. Poſterius (ut ille loquitur) fiet, ſi quid præſtationis actui interveniat ; ut dicatur habere cauſam. Prius verò ; ſi nihil facti ſubſit. Tranſactionis per pactum initæ exemplum ſuppeditare videtur Lex *28. Cod. h. t.* quæ ſic : *Sive apud acta Rectoris Provinciæ : Sive ſine actis, ſcriptura interveniente, vel non, tranſactio interpoſita eſt, hanc ſervari convenit. Sed quoniam, ut certum quid accipias, conveniſſe te, licèt ſinè ſcripturâ, proponis ; nec hujus rei causâ ſtipulationem ſecutam eſſe : quamvis ex pacto non potuit naſci actio ; tamen rerum vindicatione pendente, ſi exceptio pacti oppoſita fuerit ; doli mali, vel in factum replicatione uſa : Poteris ad obſequium placito-*

placitorum adverſarium tuum urgere. Caſum legis format elegantiſſimus Nood *in dicto lib. Cap.* 14. ſequentem. Egit adversùs te rei vindicatione Sapparita: Convenit inter te & ipſam, ut certum quid acciperet, & a lite deſiſteret. Sapparita omiſit litem motam, tu ceſſas dare, quod promiſiſti. Quemadmodum coget te implere tranſactionem? nulla intervenit ſtipulatio. Præterea nihil datum, aut factum fuit. Eſt igitur pactum nudum, ex quo non datur actio. Dices eam deſtitiſſe à lite, & ob id feciſſe. Sed non eſt ita: Tantùm omiſit Sapparita litem, non finivit; atque ùt ùt in præſentiâ non agat; Poterit tamen ex ſuo commodo iterum experiri. Atqui convenit, ne agat. Eſto; ſed tale pactum ei non abſtulit rei vindicationem: Quia non fecit, ne ſit Domina. Supereſt igitur ei Rei Vindicatio, quam habuit; etſi hoc tempore non agat. Et tamen ſi eâ uti velit, conventus poteriſte tueri exceptione pacti; modo ei tradas, quod te daturum, ne agat, promiſiſti. Alioquin ei jus eſt, exceptionem tuam infringere replicatione. Facis enim dolo malo; volens tranſactionem tibi ſervari, ſed non ei.

Aliud ac priori haud diſſimile exemplum ſubmini-

miniſtrat Lex *21. Cod. de Pactis.* *Cum proponas*, inquit lex, *inter vos ſine ſcriptura placuiſſe, fratrum tuorum ſucceſsiones æquis ex partibus dividi ; & tranſactionis causâ probari poſſit, hanc interceſſiſſe conventionem : exceptione te tueri potes , ſi poſſides. Quod ſi adverſarius tuus teneat ; ex hoc placito nullam actionem natam eſſe, ſi tibi ſtipulatione non proſpexiſti, debes intelligere : Nec adverſario tuo, tranſactione uti, concedendum eſt ; niſi ea , quæ placita ſunt , adimplere paratus ſit.* Vis porro exemplum tranſactionis in contractu innominato ? hoc ſuggerit Lex *33. Cod. h. t.* verbis ſequentibus: *Si pro fundo, quem petebas, prædium , certis finibus liberum, dari tranſactionis placuit ; nec eo tempore minor annis viginti quinque fuiſti ; licet hoc prædium obligatum poſt, vel alienum pro parte fuerit probatum , inſtaurari deciſam litem prohibent jura. Ex ſtipulatione ſanè, ſi placita ſervari, ſecuta eſt : vel ſi non interceſſerit, præſcriptis verbis actione civili ſubdita apud Rectorem provinciæ agere potes.*

Haunoldi ſententia.

XII. Placet aliis , Tranſactionem nunquam non eſſe contractum ; atque hanc ſententiam ſuo dignatur ſuffragio Laudatus Haunold. *Cit. Controverſ. n. 985.* non tamen nominatum ; ſed innominatum aſſerens , *n. 986.* probat verò con-

conclusionem ex eo, quod transactio generet actionem *præscriptis verbis*; id quod apertè habet *Lex 6. Cod. h. t.* quam opinionem firmare conatur per *Leg. 21. Cod. de Pact.* ex quâ colligit, uno transigentium, fidem non servante, & alterum resilire posse; quod (ut ait) contractibus innominatis proprium est.

XIII. Contra docet Corasius *in Miscell. lib. 1. Cap. 23.* transactionem, Contractum esse nominatum; ubi hujus Sententiæ Authorem, ejúsque adversùs omnium mentem propugnatorem sese jactat. Sed quî propugnat? audi loquentem: Verùm, inquit, hæc traditio (puta, quæ habet „ quod transactio sit contractus innominatus) „ à vero quam maximè est aliena, probabiliúsque semper opinatus sum, transactionem esse „ contractum nominatum; cùm non stet sub „ generis nomine, alteri contractui conveniente; „ sed transeat in speciale nomen: generis quippe nomen est conventionis verbum *Leg. 1. §. „ conventionis ff. de pact.* quo magìs proprium „ & speciale nomen habet transactio: Pactum „ námque sub conventione continetur, tanquam species sub suo genere *dict. §. conventionis.* Pactum autem sub se transactionem „

Corasii judicium.

„ comprehendit. Tantùm igitur abeſt, ut
„ tranſactio in ſuo generis nomine remaneat,
„ ut non etiam ſtet ſub genere pacti; quod
„ tamen ut conventionis ſpecies conſideratur.
„ Huc pertinet (ita paulò poſt) quod vulgò
„ effertur, in contractibus innominatis, re inte-
„ grâ, pœnitentiæ locum eſſe. *Leg ſi pecuniam*
„ *ff. cauſ. dat.* Et hæc ſunt illa pondera, quæ
Coraſium à communi opinione recedere coege-
runt. Mihi vero (*ut, quod ſentio, eloquar*) tan-
ti eſſe non videntur, ut virum ſummum à viâ
adeò tritâ in tranſverſum agere debuerint; prout
oſtendam, ubi, quæ mihi ſedeat ſententia, pa-
làm fecero.

Aliorum mens.

XIV. Alii tandem tranſactionem, ſi ſti-
pulatione firmata non ſit, ſolo pacti dignantur
nomine; idque ſuadere conantur per Leg. 35.
ff. de Pact. Leg. *de fidei-commiſſo* 13. Leg. *ſub*
prætextu 19. & Leg. *non minorem Cod. h. t.* quibus
in locis Tranſactionem ſub pacti nomine venire
ajunt. Addunt contractum, etiam innomina-
tum, cauſam ſaltèm (puta dationem, factum vel
præſtationem) requirere; cum per hanc ſolam
à pacto, utpote quod & nomine, & causâ carere
dicitur, differat. Urgent, tranſactionem potiùs

diſtra-

distractum, quàm contractum dici debere; cùm negotium, de quo agitur, non constituat, sed destruat.

XV. Quid nos? inutilem judicamus hanc pugnam. Et quidnî dicamus inutilem? sive enim transactionem affirmes contractum esse nominatum; sive innominatum asseras: in hoc conveniunt omnes, neque de jure Romano, neque ex moribus Germaniæ, pœnitentiæ dari locum. Id quod, quoad jus Romanum exprimit Lex. 39. *Cod. h.t.* &, quoad mores, testantur Pragmatici. Eandémque ob causam nihil refert dixisse, quod (quæ est aliquorum sententia) subsistat in meris pacti terminis; cùm, quod quondam stipulatio, id hodie valeat pactum; ut producat actionem efficacem. Stryck. *in usu mod. pand. tit. de pactis* §. 1. ibique allegati. Quòd si tamen vel invito etiam animi sensum extorquere cupias; hunc cape: Transactio propriè sumpta, semper contractus; nunquam purum est pactum. Quidquid enim pacti hic concipias; non erit transactio, sed pactum de transigendo. Quemadmodum pactum de permutando, non est ipsa permutatio: Item pactum de mutuo dando, non est ipsum mutuum. Neque dicas;

Nostra Critica.

aliud eſt, de tranſigendo paciſci: Et aliud paciſcendo tranſigere. Nam phraſin quidem aliam & aliam audio; rem verò diverſam non percipio. Nunquid eodem modo (quanquàm ineptiſſimè) dices: Aliud eſt paciſci de permutando: Et aliud permutare paciſcendo? Item: Aliud eſt paciſci de mutuo dando; & aliud mutuum dare paciſcendo? Imò verò eâdem gloriâ, eodémque applauſu (ſi ſuperis placet) utrúmque dixeris. Et vanus es, ſi ad Leg. 28. *Cod. h. t. ſupra cit.* confugias; cùm ibidem impropriè dicatur tranſactum: Sicuti impropriè diceretur permutatum; ubi non niſi pactum de permutando eſt interpoſitum. Atque hinc etiam eſt, quod tranſactio ipſa generet actionem; pactum verò non niſi exceptionem; prout colliges ex jam *cit. leg.* 28.

XVI. Neque etiam dicas, tranſactionem ſæpe pacti nomine compellari; cujus exempla ſunt in Leg. 35. *ff. de pactis* in Leg. 13. & 29. *Cod. h. t.* Nam quid notum magìs, quàm Juris Conſultos non in eodem ſemper, debitóque rigore loqui? ſic in Leg. 56. §. 1. & §. 4. *ff. de verb. oblig.* ipſa uſque adeò ſtipulatio (contractus ſanè rigoroſiſſimus) pacti nomine venit. Adhæc

trans-

transactio in Leg. 7. *Cod. de his quæ vi metúsve causâ.* In Leg. *fin. Cod. de litig.* & Leg. 5, *Cod. h. t.* etiam contractus nuncupatur.

XVII. Minùs patior dici, quod transactio non habeat causam. Adeo enim hanc habet; ut, si illa (implementum puta) desit, nequeas concipere transactionem. Si porrò dixeris, translationem potiùs esse distractum, quàm contractum; ridendum te exhibes: Cùm ex eo sequeretur, ne novationem quidem esse contractum. Possum ab unâ obligatione recedere; ut alia subeatur.

XVIII. Est igitur Transactio Contractus. Sed qualis? nominatúsne, an innominatus? prius (ut audisti) Corasio, nobis posterius placet. Quid Corasium, ut ità sentiret, moverit; auditum supra *N. 13.* Quid nos, ut ab eo dissentiamus; audietur hoc loco. Citata Lex *33. Cod. de transact.* non concedit nisi actionem *præscriptis verbis* contra resilire volentem à transactione, ritè initâ ac ex unâ saltèm parte impletâ. Hoc ne Corasius quidem negat; &, si negaret, notam temeritatis non posset non incurrere; cùm id ipsum Lex *6. Cod. eod. tit.* his verbis inculcet:

Aut enim ſtipulatio conventioni (putà tranſactioni) *eſt ſubdita, & ex ſtipulatu actio competit. Aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, utilis actio, quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt.* Jam ſic: Ubi actio eſt innominata; Ibi Contractus, ex quo illa oritur, innominatus ſit, neceſſe eſt. Et hoc concedunt omnes. Quemadmodum contrà largiuntur, ex contractu nominato non ſequi, niſi actionem nominatam. Si proinde tranſactio non generet, niſi actionem *præſcriptis verbis*, id eſt, *innominatam*; nihil ſupereſt, quàm ut dicamus, eam contractum eſſe innominatum.

XIX. Addo: Si tranſactio nominatus ſit contractus; vel igitur realis, vel merè conſenſualis, vel verbalis, vel denique literalis erit. Non (ut à poſtremo incipiam) literalis; quia ad tranſactionem ſcripturam nequaquam requiri, habet ſupra citata Lex *5. Cod. h. t.* Non etiam verbalis; quia tranſactio contractu verbali (id eſt ſtipulatione) firmari dicitur in *leg. 21. Cod. de pact.* & *leg. 33. Cod. de tranſact.*. Jam verò nihil firmatur per ſemetipſum. Neque conſenſualis; quia aliàs poſito ſolo utriusque partis conſenſu, naſceretur actio efficax; quod tamen

men apertè pugnat contra legem *28. Cod. h. t.* Non denique realis; quia hujus quatuor duntaxat numerantur ſpeeies: Utpote Mutuum, Commodatum, Depoſitum, Pignus. Vid. *tot. tit. Inſt. quibus mod. re contrah. oblig.*

XX. Quemadmodum proinde Coraſio (utpote juris interpreti, non conditori) licitum non eſt, novas contractuum ſpecies adornare, aut circa illas aliquid immutare: Ita, ad normam Juris Romani, tranſactio eſt, & manet contractus innominatus; irregularis tamen: Quia, ad inſtar Permutationis, aliquid nominis habet. Unde etiam corruunt rationes à Coraſio in contrarium adductæ: Negatur enim quoad *primam*, quòd *tranſactio* ſit nomen ſpeciale. Et quanquàm, quoad *ſecundam*, concedendum ſit, à tranſactione pœnitentiâ recedi non poſſe; Id tamen contra naturam contractuum innominatorum hìc, amore litium finiendarum, ſpeciatim receptum eſſe, aſſerimus.

XXI. Porrò tranſactionem jam tutè definies, quòd ſit *contractus innominatus*; *quo à lite vel motâ vel movendâ non gratuitò receditur.* Dicitur *Contractus innominatus*; quia in hoc cum reliquis contractibus innominatis, ſaltèm irregulari- Definitio tranſact.

laribus, ceu genere proximo, convenit. Additur; quo *à litę vel motâ vel movenda*: Omnis enim transactio rem dubiam, adeóque litem saltèm proximè possibilem, supponit; ut haber Lex *1. ff. h. t.* & Lex *2. Cod. eod.* quod in *Cap. 5.* infra discutietur prolixiùs. Additur ulteriùs: *non gratuitò*; ut differat à Donatione, quæ fit liberali remissione; id quod ex cit. *leg. 1. ff.* h. t. colligitur; & hinc transactio fieri dicitur, aliquo dato, remissio, vel aliquo retento. Additur denique: *Receditur*; ea enim contractuum innominatorum, utpote qui omnes sunt reales, est natura; ut præstationis interventu celebrari, & per hoc à pactis differre dicantur,

Divisio transact.

XXII. De divisione subdam pauca: Non enim est tanti. alia *universalis* est: Alia *generalis*; & alia *specialis*. *Universalis*: Quando lites omnes, etiam diversi generis, remittuntur; quam tamen ad non cogitata haud extendes. Leg. *9. §. fin. ff. h. t. Generalis*: Quando à pluribus quidem controversiis receditur; verùm talibus, quæ sunt ejusdem generis: Scilicet ex tutelâ, vel ejusmodi negotio ortis. Lauterb. *in comp. ff. h. t.* *Specialis*: quæ initur de negotio quodam singulari. Dividitur ulteriùs in personalem

nalem, & realem. Hanc dicunt, quæ transit ad hæredes: Illam, quæ in transigentium personis subsistit; utpote vel partium placito, vel superioris authoritate (si natura negotii illam exigat) huc restricta. Leurenius in *Decret. h. t. Quæst. 963.* transactionis personalis sequens ponit exemplum: Si, lite super beneficio motâ, per viam transactionis imponatur, authoritate superioris, onus, vel pensio, non ipsi beneficio; ita ut unà cum eo transeat ad successores; sed personæ beneficiati transigentis ad vitam illius solvenda alteri parti; juxta *Capit. 21. de præb.*

Subdividitur quævis harum specierum in Juratam, & non Juratam: Quemadmodum enim stipulatione, ita & Juramento firmari potest transactio; prout per se clarum.

CAPUT III.

De iis

Qui transigere possunt; vel non possunt.

XXIII. TRansigere possunt (inquit Johan. Voëtius *ad ff. h. t. n. 2.*) *qui non sunt prohibiti.* Ita est: Transigere enim ex eorum est genere, quæ permissa vocamus; Donec prohibi-

hibitio doceatur. Sed remotam nimis Regulam hanc deprehendo. Dicunt alii: *Qui pacisci non potest; neque transigere valet.* Est & hæc vera; sed præterquàm, quòd sit negativa (affirmativè enim nequaquam procedit; ut ex dicendis colligere licebit) eodem vitio laborat: eò quòd sit pariter nimis generalis. Quid igitur? Construe hanc: *Quicunque, vel suo, vel administratorio nomine, de Jure certo disponendi habet facultatem; ille & circa Jus dubium transigere potest.* Atque id non affirmativè solùm, sed negativè etiam procedit; ut, quemadmodum verè dico: *Possum de Jure certo disponere; ergo etiam de Jure dubio transigere:* ita è Converso bene concludam: *non possum de Jure certo disponere; ergo neque de Jure dubio transigere.*

Regula, ex quâ colligitur cui transigere liceat.

XXIV. Constantiam Regulæ probo per inductionem eorum, quæ dubia videri poterant. Sic ex pluribus consortibus litem simul contestatis, uni, cæteris etiam invitis, aut ignorantibus, transigere licet. Si enim socio integrum sit, invitis reliquis, de suâ parte pro arbitrio statuere; prout habet Lex *14. Cod. de contrah. Empt.* Lex *2. Cod. de comm. rer. alienat.* & Lex *7. §. 6. ff. de pactis.* Quidnî idem dicamus de

Probatur Regula in transactione unius Consortis, invitis Reliquis.

litis

litis ſocio ? nec (ùt eleganter loquitur laudatus Voëtius *Cit. Tit. N. 6.*) rectè præſidium in eo quæritur , quod judicio (puta litem conteſtando) quaſi contrahatur ; à quo quaſi contractu, invito altero, alterum recedere, Jura non patiantur ; prout colligi videtur ex *Leg. 3. §. 11. ff. de peculio.* Licet enim (ſic ibidem reſpondet idem author) inter actorem, & reum quaſi contrahi conceſſerim ; de quod dicta Lex *3. §. 11.* Inter plures tamen litis conſortes non magis quaſi contractum Jura fingunt , quàm inter confidejuſſores plures , ſimul pro eodem debitore , apud eundem creditorem intercedentes. Ineptiſſimè verò (ſic pergit idem) pro ſententiâ adversâ (quæ eſt Brelichii *Deciſ. 132.*) captantur verba legis *13. ff. Fam. Ercis.* dictantia *interdictas eſſe , poſt judicium , alienationes.* Cùm non aliud hiſce voluerit Papinianus , quàm quòd , pendente illo familiæ erciſcundæ, vel communis dividundi judicio , inter cohæredes conſortésve , nullus horum, invitis cæteris, in extraneum ſuam poſſit partem transferre ; convenienter *Legi 1. Cod. Comm. Divid.* Adde : in caſu dictæ legis *13. ff. Famil. Ercis.* Foret alienatio rei litigioſæ ; & talis quidem , quæ controverſiam non finiret. Secus

verò in noſtro. Et hæc, quæ dixi, illo etiam Caſu vera ſunt; quo de tranſactione rei, ſeu juris indiviſibilis agitur: Is enim, qui tranſigendo Jus ſuum remiſit, uti ab uſu ejus abſtinere poteſt: ita etiam debet. Pone, à tribus fratribus contra Titium inſtitutam eſſe actionem Confeſſoriam: Pone etiam, unum ex fratribus tranſigendo remiſiſſe Jus dubium Titio. Ille ſanè, ùt ùt reliqui duo viciſſent, abſtinere deberet.

An & quomodo liceat tranſigere minori; ſi Curatorem non habeat?

XXV. Licet etiam minori, ſi abſque tutore, adeóque ſuo ſit relictus arbitrio, tranſigere, non tamen ſine diſcrimine bonorum. Immobilia enim ſi ſint; vel mobilia quidem, pretioſa tamen, & quæ (ut habet phraſis Juridica) ſervando ſervari poſſunt; non valebit tranſactio; niſi accedat decretum judicis. Perez. *in Cod. Tit. de in integ. reſt. min. n. 8.* Vel niſi id tranſigendo agatur; ut bona illa apud minorem maneant. Hoc enim caſu ceſſat prohibitionis ratio; utpote in prohibitâ alienatione conſiſtens. Quod tamen ita rurſus accipiendum; ùt tum verum ſit, ſi minor erga immobilium retentionem res mobiles, non ſervabiles, dederit. Nam ſi immobiles (putà permutando) tradidiſſet, contrarium dicendum. Hinc ſi paratâ pecuniâ, aut

frumento

frumento rem immobilem, quam alius vindicare conatur, redimat minor; valebit transactio. Nequaquàm verò, si gemmæ, scyphi aurei, argenteive, aliáque pretiosa, ceu transactionis lytrum, interveniant.

Unde etiam facilè intelliges, quid dicendum de minorum transactione circa res mobiles non pretiosas, & quæ servando servari non possunt: Has enim, si curatores non habeant, ùt liberè divendere, alióque modò distrahere, ita & de iis transigere possunt.

XXVI. Sed quid, si curatores habeant? Quomodo, si habeant Curatores? Observatâ bonorum diversâ qualitate, diversóque vel transferendi, vel retinendi dominii modo, & interveniente curatoris consensu, idem dicendum; salvo tamen ubique remedio restitutionis in integrum: Si læsus sit minor.

XXVII. Sic etiam de pupillo, pubertati proximo, Tutorem habente, loquendum. Si non habeat, uti & si habeat quidem, eo tamen neglecto transegerit; Contractûs valor ab eo dependebit, utrum causam suam meliorem, num verò deteriorem reddiderit. Priori casu sustinebitur; posteriore nequaquàm: Adeò ut ne restitutione quidem sit opùs.

An pater transfigere liceat de bonis filiorum?

XXVIII. An Pater in bonis filiorum? Negamus; si filii sint emancipati: Siquidem filius emancipatus, velut extraneus habetur. Atque ita docemur ex lege *10. ff. h. t.* de re filiorum (inquit Lex) quos in potestate non habuit, transigentem patrem minimè obesse placet. Si vero patriæ adhuc subsint potestati; sic procedendum: Vel agitur de bonis verè, aut quasi castrensibus: Aut de adventitiis; iisque vel regularibus, vel irregularibus. De castrensibus indistinctim nequit transigere pater; Cùm quoad hæc filii, ùt ùt aliàs in sacris paternis adhuc existentes, reputentur pro patribus familias; adeò ùt plenam in iis disponendi facultatem habeant. *Leg. 2. ff. de JCto Maced.* De adventitiis regularibus, utpote in quibus & usumfructum & administrationem habet, poterit; non aliter tamen, quàm si filius, annis major, consentiat. Et id colligimus ex *Leg. ult. §. 3. & 4. Cod. de bonis quæ lib.* Si verò minor adhuc sit filius; licebit patri ejus nomine ita transigere; ut nequidem, quàmvis etiam de bonis immobilibus agatur, decreto judicis sit opùs. Atque hoc ipsum jamjam *Cit. Lex. ult.* nobis inculcat: Plus enim fiduciæ in patre, quàm in tutore leges ponunt; Cum ille optimum

mum ſemper conſilium pro filio capere cenſeatur; Vinnius *de trans. Cap. 3. N. 11.* Idem dicimus de bonis adventiis irregularibus; modò patri, præter uſumfructum, non ſit adempta adminiſtratio. Circa profectitia non eſt, cur hæſitemus; cùm hæc pleno jure ad patrem ſpectent.

An valeat tranſactio mariti quoad bona uxoris.

XXIX. Id etiam quæri ſolet: Utrum maritus, quoad bona uxoris, abſque hujus conſenſu, tranſigere valeat. Sunt, quibus id indiſtinctim, ſpectato etiam ſolo jure communi, placet: Nam quid de hujus, aut illius loci particularibus ſtatutis ſit dicendum; non vacat diſputare. Ducuntur autem hâc ratione: maritus uxoris tutor eſt; & ampliorem, quam tutores, imò æqualem patriæ in liberos poteſtati, quoad pleraque, authoritatem habet: Neque enim cautionem præſtare, neque rationes reddere tenetur. Verùm imbellis ſententia! Præterquàm enim, quòd iſthæc mariti poteſtas nudè adſtruatur, non probetur: Id certum, quòd, ùt ùt vel maximè velit maritus, uxoris eſſe curator; non tamen poſſit. §. 19. *Inſt. dè Excuſ. Tut. vel Curat. Leg. 2. Cod. qui dare Tut.* & *Leg. 4. Cod. de Excuſ. Tut.* Idque ex eâ ratione: quia turpiùs foret, eum removeri, tanquam ſuſpectum; quàm

nunquam

nunquam admitti. Et licèt maritus, quoad cauſam uxoris, præſumptum cenſeatur habere mandatum, per *Leg. 21. Cod. de Procurat.* Ex eo tamen facultas tranſigendi tam parum ſequitur; quàm parum hæc procuratori cuivis alteri (de quo paulò poſt) conceſſa creditur. Quamquàm etiam poteſtati maritali & uxorem & ejus bona quodammodo ſubjecta eſſe, non diffiteamur; hoc tamen tam crudè accipiendum non eſt: ùt marito arbitrium, undecunque liberum, aut adminiſtrationem quamcunque adſcribamus.

Voëtii opinio. Diſtinguendum putat Voëtius *h. t. n. 5.* ad normam eorum, quæ *N. 26.* de minori diximus. Videndum ſcilicet (inquit ille) num uxor per mariti tranſactionem bona (immobilia, mobilia pretioſa) conſervet: Num verò amittat, priore caſu abſque ejus conſenſu tranſactionem valere ait; poſteriore nequaquam.

XXX. Inveſtigandum puto, an agatur de dotalibus, an de paraphernalibus, vel tandem receptitiis uxorum bonis? Si hoc ultimum: Non valebit maritorum tranſactio; cùm in iis bonis nihil prorſus juris, imò ne adminiſtrationem quidem habeant; ſed hæc liberæ uxorum diſpoſitioni ſint reſervata, Stryck. *in uſu mod. h. t. §. 6.*

Diſtinguendum inter diverſ. bonorum ſpecies.

ſi

ſi de paraphernalibus: Major videtur eſſe difficultas; eò quòd maritus horum adminiſtrationem habere, atque eatenus, ſaltèm de moribus, curator uxoris eſſe dicatur. Ex quibus principiis *Mev. p. 4. deciſ. 32.* ſuſtinet valere mariti tranſactionem; ut uxor eam ſervare teneatur. Sed ſuſpecta nobis eſt hæc ſententia: tum, quia liberrimam paraphernalium adminiſtrationem in marito falsò ſupponit; Tum, quia hæc curatela non ubique cognita. Demus, maritum eſſe bonorum paraphernalium adminiſtratorem; non erit tamen hæc adminiſtrandi facultas (prout *n. 29.* inſinuavimus) undequaque libera; ſed ad fructus, in uſum rei œconomicæ colligendos, impendendósque, reſtricta. Jam verò non quævis adminiſtratio etiam facultatem alienandi involvit; cùm aliàs ſequeretur, poſſe maritum bona paraphernalia pro lubitu, invitâ etiam uxore, vendere; Quod pugnat contra *Leg. fin. Cod. de pact. Convent.* ex quâ colligitur, horum alienationem non aliter, quàm conſentiente uxore, valere. Demus etiam, maritum, ex conſuetudine quâdam generali, uxoris eſſe curatorem; hæc ſanè curatela, utpote contra Jus Romanum introducta, indéque odioſa, ſtrictæ erit inter-

Mevii ſententia refertur.

Rejicitur.

pretationis: Ut ideo etiam ad alienationem eò minus sit extendenda, quò certiùs, uxorem, utpote consentire valentem, pari cum minoribus Jure non esse censendam. Imò demus curatelam hanc, moribus (ùt ajunt) receptam, ex amussi correspondere tutelæ minorum; nunquid jam idem etiam, quod de transactione curatorum supra *N. 26.* diximus observandum? Imò verò. Dic proinde, quòd, cùm curatela isthæc è moribus exsculpta, cæteroquin de Jure Romano prohibita, sit suspectæ fidei: Adhæc ex quâvis facultate administrandi, non sequatur facultas transigendi; uxor mariti transactione, circa paraphernalia initâ, non ligetur. Nisi, dum minor annis fortè uxor, maritus (quod vix continget) illi in curatorem datus, trasactionem, prævio Judicis decreto (si nempe de immobilibus, in alium transferendis, agatur) celebraverit; vel immobilia transigendo conservaverit; erogando mobilia. Sanè si, juxta dicta *N. 28.* pater non valeat transigere de bonis adventiis filii-familias; nisi explorato hujus, si major sit, consensu: quidnî idem dicemus de Marito, quoad bona uxoris paraphernalia? Sed satìs de hoc. Videamus, quid *de dotalibus.* Non minor profectò

Nostra sententia.

fectò in his difficultas eſt; contra tranſactionem enim pugnat, quòd, ùt ùt vel maximè conſentiat uxor, dos tamen alienari nequeat. *Prin. Inſt. quib. alien. licet.* Quî igitur fiet, eâ ignorante? Quî invitâ? Pro tranſactionis valore certat, quòd maritus civile in re dotali dominium, & adminiſtrationem habeat; quibus, pervicaciâ uxoris, tranſigere fortè nolentis, privandus eſſet; quod non poteſt non iniquum videri. Sic ſentio: Si dos marito ſit æſtimatò data, aut in rebus fungibilibus conſiſtat; valebit tranſactio; etiamſi uxor in eam non conſenſerit. Primum colligitur ex *Leg. 10. Cod. de Jure dot.* ſecundum ex *Leg. 42. ff. eod. Tit.* quemadmodum enim, hiſce in caſibus, libera eſt penes maritum de bonis dotalibus diſponendi poteſtas; ita apud eundem erit & tranſigendi facultas. Si verò in immobilibus, iisque non æſtimatò datis: videndum, an, mortuâ uxore, dotem lucretur maritus. Si hoc; convaleſcet, caſu eveniente, tranſactio. *Arg. Leg. 17. ff. de fin. ad dot.* ſi non lucretur: non valebit etiam tranſactio; niſi eatenus tantùm, ut tranſigenti cum marito (dummodò tamen hic onera matrimonii aliunde ſuſtinere poſſit) uſque ad mortem ejus, dotem,

An quoad dotalia maritus poſſit tranſigere.

vi civilis dominii, in se translati, retinere liceat: vel nisi pro retinendâ te dotali à marito sit quid erogatum. Hoc sanè casu valebit transactio; & obstricta erit uxor ad refundendas has expensas; prout ad quasvis alias, in conservationem dotis necessariò factas. *Leg. 5. princip. & §. 2. ff. de impens. in res dotal. fact.*

An uxor, invito marito, transigere valeat?

XXXI. Unde facilè intelliges, valeátne uxoris transactio, marito vel ignorante, vel invito, inita, quoad bona sive dotalia, sive paraphernalia, sive etiam receptitia. Circa hæc enim (nempe receptitia) ùt liberam habet disponendi facultatem: ita transigendi potestas ei haud deneganda. Quoad dotalia verò, uti & paraphernalia non valebit transactio: Dum in illis cum civili dominio, & in his cum usufructu conjunctam habet maritus administrationem; cui damnum inferri nequit ab uxore. Et quamquàm Stryck. *in usu mod. pand. tit. de fund. dot. §. 6.* doceat, uxorem paraphernalia, sinè mariti consensu, alienare posse; hoc tamen adductæ ibidem leges, utpote de receptitiis intelligendæ, non evincunt. Licèt etiam, de moribus valere alienationem dotis, si juramento firmata sit, asserant pragmatici apud eundem

Stryck.

Stryck. *cit. tit.* §. *5.* non tamen excludunt Consensum mariti : quemadmodum , si maritus hæc alienat, uxoris requirunt assensum. Hoc interim , stando hâc pragmaticorum doctrinâ , largimur , transactionem , concurrente conjugum consensu, & accedente uxoris Juramento , valere.

XXXII. De procuratoribus , sive à privato, sive ab Universitate constitutis (quos Syndicos appellitamus) voluntatis est quæstio. Videndum quippe , quid in mandatis acceperint ; vel enim hæc simplicia sunt : vel cum *libera:* vel speciatim ad transigendum data. Posterioribus duobus casibus poterunt; priori non poterunt. Et hoc apertè habet Lex *60. ff. de procurat. mandato* , inquit , *generali non contineri etiam transactionem dividendi causâ* (legunt alii *diminuendi causâ*) *interpositam.* Addatur Lex *17.* §. *ult. ff. de Jurej.* ubi ita Paulus : *Procurator quoque , quod detulit , ratum habendum : Scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustinet , aut si id ipsum nominatim mandatum sit.* Si tamen sit procurator in rem suam ; poterit indistinctim : addit enim paulus in jam *cit.* §. *ult.* hæc: *Aut si in rem suam procurator sit.* Et quid

An procuratoribus, nomine principalium, & Syndicis nomine Universitatum valide transigere liceat.

Procurator in rem suam transigere indistinctim potest.

mirum ? Poteſt enim pro lubitu diſponere ; proinde etiam tranſigere. Adeò autem neceſſarium eſt vel mandatum cum *liberâ*, vel ſpeciale ; ùt ob hujus & illius defectum, ne procuratores quidem Cæſaris tranſigere poſſe, dicantur. *Leg. 1. §. 1. ff. de off. procur. Cæſ.* & *Leg' 23. ff. h. t.*

An adminiſtratores civitatum, & Magiſtri ſocietatum id poſſint.

XXXIII. De adminiſtratoribus civitatum, & magiſtris ſocietatum idem dicendum ; prout colligitur ex *Leg. 34. §. 1. ff. de Jurejur.* ubi dicitur his permiſſum non eſſe, Jusjurandum deferre ; niſi ſuper hoc mandatum habeant. Unde inutilis labor Voëtii *ad Pand. N. 2. h. t.* connantis, diſcrimen afferre, quare tranſigere, non verò Juramentum deferre poſſint adminiſtratores. Melius id in naturam & indolem mandati refunditur ; cùm aliàs diverſitatis ratio vix danda, cur procurator valeat Jusjurandum deferre ; & tamen tranſigere non poſſit. Poterit utrumque ; ſi liceat per mandatum. Neutrum poterit ; ſi mandatum non indulgeat.

An Emphyteuta invito domino directo ?

XXXIV. De Emphyteutâ difficilior quæſtio eſt. Negant non pauci ; affirmant contrà æquè multi. Quæſtionis deciſio ab eo dependet, an emphyteuta, reluctante licèt domino (ut vocant) directo, fundum emphyteuticum liberè poſſit aliena-

alienare: Hoc enim si sustineas; non poteris non sustinere valorem transactionis. Dum proinde libera alienandi facultas Emphyteutæ in §. 3. *Inst. de locat. cond.* concessa legitur; & hæc non nisi in solâ venditione, ad exprorandum Domini consensum, restricta deprehenditur in *Leg. fin. Cod. de Jure Emphyt.* fateamur, necesse est, eundem etiam transigere posse.

XXXV. Sed de Vasallo quid dicemus? Acriter inter se pugnant Doctorum sententiæ. Præmittamus certa; & discussioni reservemus, quæ dubia videntur. Certum proinde, posse vasallum quamcunque litem, sive in possessorio, sive in petitorio Judicio motam, quocunque modo redimere; ut retineat feudum. Neque enim sic rei feudalis alienatio fit: Neque domino alius obtruditur vasallus. Atque ita cum communi aliorum docet Rosenthalius *de feudis Cap. 9. cont. 21. N. 2.* Certum etiam, subsistere feudi alienationem, si in agnatum (sive remotum sive proximum) fiat: Cùm neutrubi habeat dominus, de quo conqueratur. In priore tamen casu (puta si in remotiorem agnatum facta sit alienatio) hæc ultra vitam alienantis non durat; ne proximioribus damnum inferatur,

An vasallo liceat transigere, de feudo?

tur.

tur. Idem Roſenthal. *ibid N. 27.* Valebit itaque hilce in caſibus tranſactio; cùm ad hanc ex alienandi facultate ſecura fiat concluſio. Non minùs certum, præſentem controverſiam non eſſe de feudo merè hæreditario: Hoc enim, ùt liberè rurſus alienari, ita etiam per tranſactionem in alium tranſire poteſt.

Quæſtionis ſtatus.

XXXVI. In eo igitur ſolo vertitur quæſtionis Cardo: An Vaſallus circa rei feudalis, propriè & rigorosè talis, utile dominium tranſigere, illudque litis vel evitandæ, vel componendæ causâ, aliquo accepto, in alium ita poſſit transferre; ut dominus directus hunc, tanquam vaſallum, agnoſcere debeat? Mirâ contentione, ac vix non dubio marte in utramque certatur partem.

Negantium momenta.

XXXVII. Audiamus, quid moliantur negantes. Regula eſt (inquiunt) certa, omnem feudi alienationem adeò eſſe prohibitam, ut, ſi nihilominùs ſit tentata, & ſubſecuta traditio; feudum eo ipſo amittatur, & ad dominum liberè revertatur. Evincunt id per *Cap. Imperialem 2. Feud. Tit. 55.* ubi ſic ſtatuitur: *Hâc edictali, DEO propitio, perpetuò valiturâ lege ſancimus, ut nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pigno-*

pignorare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, vel pro anima judicare; sinè permissione illius Domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.--- Callidis insuper machinationibus quorundam obviantes, qui, pretio accepto, quasi sub colore investituræ, quam sibi licere dicunt, feudum vendunt, & in alios transferunt: Ne tale figmentum, vel aliud ulteriùs in fraudem hujus nostræ constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus: Pœnâ, nostrâ authoritate, imminente; ut venditor, & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum liberè revertatur, Unde sic arguunt: Si omnis, & quæcunque feudi alienatio sit prohibita; certè sub hâc regulâ non potest non contineri transactio: utpote alienationis species. Addunt, permissâ transactione, tam facilè salutarem hanc legem eludi; quàm sit facilè, lites etiam inter amicos fingi; sicque feuda ab uno in alium transferri. Ad quid igitur (sic pergunt) tam severa prohibitio, ne quid ulteriùs in fraudem hujus constitutionis excogitetur: Ad quid tanta emphasis, tantáque verborum energia? Sic illi.

XXXVIII. Eâdem audaciâ contrà insurgunt affirmantes; eâdémque fiduciâ provocant

Affirmantium rationes.

ad aliam ipſiuſmet Juris feudalis diſpoſitionem : nempe ad *Cap. unic.* §. *ſi Vaſallus de beneficio ſuo agat. Lib. 2. Feud. Tit. 26. ſi de feud. defunct. contenent. ſit inter dom. & agnat.* ubi ſic : *Si Vaſallus de beneficio ſuo agat, vel conveniatur, ſive obtineat, ſive non, licet ignorante domino fiat ; omni tempore firmum erit illud judicium : nam & tranſigere rectè poterit ; nec tranſactionis nomine acceptum, feudum erit.* Licet igitur Vaſallo (ſic inferunt) indulgente id textu aperto, rectè tranſigere; & quidnî (inquiunt) liceret? Habet enim Vaſallus utile Dominium, quod nemo negat Si hoc: ergo habet facultatem circa id, quod huic dominio ſubeſt (puta utilitatem rei feudalis) diſponendi; eò quòd dominium ſit facultas conſervandi, deſtruendique. Poterit igitur hoc Jus (ſpectatâ ſaltèm rei naturâ & præſcindendo à lege prohibente) in alium transferre. Cum proinde Caput *Imperialem* præcedente N. 37. adductum, ceu correctorium, adeóque ſtrictæ interpretationis, non prohibeat, niſi alienationem rigoroſè talem; tranſactio verò non ſit alienatio ſtrictè & rigoroſè ſumpta : Quia durante lite, dubium manet, actórne, an Reus feudi utilis ſit Dominus; hoc (ſic tandem concludunt) ſub

gene-

generali illâ prohibitione venire, non cenſetur.

XXXIX. Quid in hoc authorum, ſententiarúmque conflictu? Hæc habe: Feuda non ſunt, niſi beneficia; & talia quidem, quæ ab origine precariò, dein ad annum duntaxat, temporis ſucceſſu ad vitam Vaſalli, tandem etiam agnatis concedebantur. Audiamus hanc in rem Itterum *de Feud. Imp. Cap. 1. §. 13.* ita diſſeren. tem: „ Antiquiſſimo tempore feuda adinſtar „ precarii à Domino pro lubitu revocari pote- „ rant; deinde eò ventum, ut annua eſſent; *ter-* „ *tiò* ad vitam Vaſalli fuêre producta, &, eo- „ dem moriente, perinde ùt uſusfructus, exſpi- „ rare juſſa. *Quartò* extenſa ad filios, quos ſci- „ licet Dominus elegerit. *Quintò* conſtitutum, „ ut ad omnes filios ex æquo pertinerent feuda. „ *Sextò* à Conrado Imperatore, Coronæ causâ, „ Romam profecturo, ſancitum, ut feudum ad „ nepotes ex filio, &, filiis, atque nepotibus defi- „ cientibus, ad fratres devolverentur. Poſt „ Conradum autem, *ſeptimò*, uſu receptum eſt, „ ut tranſirent feuda ad liberos mares in infini- „ tum; in collaterali autem lineâ uſque ad quar- „ tum gradum, quod mox, *octavò*, uſque ad ſepti- „

Noſtra ſententia.

„ mum gradum extenſum fuit. Denique, *nò-*
„ *nò*, ad defuncti quoque collaterales, uſque in
„ infinitum Jus ſuccedendi porrectum fuit; uti
„ conſtat ex *2. Feud. 31. & 50.* hactenus ille. Norma proinde ſuccedendi in feudis, vel rem feudalem quoque modo acquirendi, non eſt alia, quàm ſola unicáque domini, beneficium indulgentis, voluntas, in inveſtiturâ (quam vocant) expreſſa. Adeò ut, qui neque inveſtiturâ, neque Jure ſanguinis (utrique modo ineſt voluntas Domini) vocatur; fruſtra feudum affectet. Dum itaque extraneus (de hoc enim ſolo loquimur) neque inveſtituræ, neque ſanguinis Jus, ceu unicos feudi acquirendi titulos, demonſtrare poteſt; ſequitur, illud tranſactione, invito, vel ſaltèm ignorante Domino, initâ, ab eo obtineri non poſſe. Neque enim feudi poſſeſſor ei, qui extraneus eſt, Jura ſanguinis communicare, aut deficientem Domini conſenſum ſupplere poterit. Aliud in emphyteuſi (ut ſupra diximus) obtinet: Hane enim emphyteuta, ut donando, permutando, aliiſque modis, ita tranſigendo in alterum transferre non prohibetur; ſecus ac in feudo, utpote quod nullo modo (intellige Domino invito) in extraneum alienare licet,

cet,

cet. Porro ratio fidelitatis, quam exigit Dominus, & ſpondet Vaſallus, id etiam expoſcit, ut non quivis, fortè minus fidelis, imò inimicus, invito obtrudatur. Paucis : in reliquis tranſactionum materiis agitur de Jure tranſigentium; hìc de Jure tertii (Domini nempe) non conſentientis.

XL. Neque difficile eſt, ad textum *N. 38.* reſpondere: ille enim de eo caſu intelligendus, ſi, probatâ agnatione, de ſolâ gradûs (ut loquiamamus) proximioritate dubium, atque deſuper tranſactum ſit; juxta ea, quæ *N. 34.* notavimus. Idque rubrum tituli ſuadet; ut inſpicienti patebit. Reſolvitur objectio prima.

XLI. Dices: Ubi dubium, ibi eſt materia tranſactionis; atqui (ſic ſupponamus) dubium eſt, utrum quis hic, & nunc ſit agnatus, nec ne: Item, an vocetur in inveſtiturâ ad feudum; ergo adeſt materia tranſactionis. Sed audiiſti, agi in eâ hypotheſi de Jure tertii, non conſentientis; cui proinde per alium damnum inferri, nefas. Demus hanc tranſactionem ipſos ſtringere tranſigentes; non ſtringet non conſentientem. Reſolvitur ſecunda.

XLII. Illud verò, quod erga retentionem,

vel dimissionem feudi, proximior agnatus, aut extraneus etiam (dedimus enim hanc transactionem quoad ipsos contrahentes valere) in immobilibus vel dat, vel accipit, naturam rei fundalis non induere; vix opùs erat monere: Cùm textus *N. 39.* adductus apertè doceat, *id, quod Vassallus transactionis nomine accepisset, feudum non fore.*

An de fideicommisso transigere liceat fiduciario?

XLIII. Dixi, de feudo quid sentiam: dicam quid de bonis, fideicommisso obnoxiis, sentiendum. Quæritur itaque, & eleganter: an fiduciarius hæres de rebus alteri restituendis, durante fideicommisso, ita sinè consensu fideicommissarii possit transigere; ut huic, post conditionis resolutionem, transactio noceat? In diversas rursum (quemadmodum in arduis fieri amat) secedunt sententias Doctores; dum affirmare his, illis negare, aliis distinguere placet. Audiamus omnes. Affirmantes in rem suam utuntur sequentibus: Tutoribus (inquiunt) id licet, curatoribusque; ut obligentur Domini: Quidnî igitur hæredi fiduciario id licebit? Utpote, qui non administrator tantùm, sed rei, de quâ agitur, Dominus est; ac ita quidem, ut fortè perpetuò maneat, si conditio fideicommissi, aut persona honorata deficiat. Confirmant hoc

per

per *Leg. ult. ff. h. t.* quæ ſic : „ Venditor hæ- „
reditatis, emptori mandatis actionibus, cum „
debitore tranſegit. Si emptor hæreditatis hoc de- „
bitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti „
negotii debitori propter ignorantiam ſuam ac- „
commodanda eſt. §. *1. idem reſpondendum eſt in eo,* „
qui fideicommiſſam recepit hæreditatem; ſi hæres cum „
ignorante debitore tranſegit. „ Adhæc compro-
miſſo (ſic ajunt) indéque ſecuto laudo ſtringi-
tur fideicommiſſarius; licèt ſolus compromiſe-
rit fiduciarius; quod probant per *Leg. 36. ff. ad*
SCti Trebell. cujus verba ſunt hæc: *Cùm hæreditas*
ex fideicommiſſo reſtituta eſt, ſi ante cum hærede com-
promiſſum eſt, puto fideicommiſſarium cavere debere
hæredi: Sicut cùm hæres multa, antequam reſtitue-
ret, adminiſtravit. Nulla igitur ratio eſſe vide-
tur, cur non etiam tranſactionem habeat ra-
tam. Urgent: Poteſt creditor hypothecarius,
cui pars fundi indiviſa ab uno dominorum eſt
pignori data, alterum dominorum, ſi ab hoc ad
diviſionem provocetur, licitatione vincere, aut
ab eo, ſi malit, vinci; adeóque debitori ſuo, li-
cèt invito, totius fundi dominium acquirere,
vel debitoris, ùt ùt renitentis, partem in alium
transferre *Leg. 7. §. 13. Comm. divid.* quid igitur
obſtet

obstet, quominus fiduciarius eatenus legem ponat fideicommissario? addunt: impensæ in rem fideicommissam factæ, à fideicommissario sunt restituendæ *Leg. 6. §. 1. ff. de condictione indeb.* item possunt res hæreditariæ, nil remorante fideicommisso, à fiduciario alienari ad æris alieni solutionem. *Leg. 114. §. 14. ff. de Legat. 1. Leg. 36. ff. ad SCti Trebell.* porro solus fiduciarius, ante hæreditatis restitutionem, convenitur, solus agit; atque soli huic, non etiam fideicommissario, fiunt denunciationes viduarum, post mariti obitum se se gravidas asserentium; quanquàm & hujus (putà fideicommissarii) interfit, non nasci, aut substitui partum. *Leg. 1. §. 14. ff. de vent. insp.* Tandem: sententia, adversùs fiduciarium lata, nocet fideicommissario; sive de parte, sive de totâ hæreditate lis sit mota, *Leg. 35. §. ult. ff. ad SCtum Trebell.* quidnî igitur illum obligabit fiduciarii transactio? Ita quoad rem *Voët. ff. h. t. N. 8.* quanquàm quoad verba, paùlò prolixiùs.

XLIV. Negantes contrà nituntur hisce rationibus: Fiduciarius nequit alienare fideicommissum; ergo neque de eo transigere poterit: Cùm de bonis, alienare prohibitis, non valeat transactio; ut tradunt interpreres per *Leg. 4. Cod.*

Referuntur negantium fundamenta.

de

de præd. & al. reb. min. eſt enim tranſactio ſpecies alienationis *Leg. 1. §. 1. ff. de off. Proc. Cæſ. Leg. 1. §. 9. ff. ſi quid in fraud. patron.* & per tranſactionem devenitur ad alienationem, ſicque ad Dominii translationem *Leg. 114. §. 14 ff de Leg. 1.* ſuprà jam tum citatâ. Atque ita ratiocinatur poſt plures, à ſe allegatos, *Knipſchild de fideicom. fam. illuſt. Cap. 11. N. 90. 91. & 92*, quem ſequitur *Schwederus* ſpeciali Diſſertatione *de alienat. bon. fideicom. obnox. Theſ. 25.* Addunt legem (ut nonnullus ait) apertam; nempe *3. ff. h. t.* quæ ita: „ privatis pactionibus non dubium eſt, *non* „ *lædi Jus cæterorum* Quare tranſactione, quæ inter „ hæredem & matrem defuncti facta eſt, neque „ teſtamentum reſciſſum videri poteſt, neque ma- „ numiſſis, vel legatariis actiones ſunt ademptæ. „ Quare quidquid ex teſtamento petunt, ſcriptum „ hæredem convenire debent: Qui tranſactio- „ ne hæreditatis aut cavit ſibi pro oneribus hæ- „ reditatis, aut ſi non cavit, non debet negligen- „ tiam ſuam ad alienam injuriam referre. §. 1. „ *cùm tranſactio propter fideicommiſſum facta eſſet*, „ *& poſtea codicilli reperti ſunt: Quæro, an quantò* „ *minùs ex tranſactione conſecuta mater defuncti fue-* „ *rit, quàm pro parte ſuâ eſt, id ex fideicommiſſi cau-* „

„ *sâ conſequi debeat* ; *reſpondi debere.* Unde hæc conglomerant. Unius Jus per alterum lædi non debet: Uni per alterum non debet inferri iniqua conditio: Res, inter alios acta, tertio non præjudicat; & quæ ſunt ejusdem farinæ. Item ſic argutant: Legatariis tranſactio hæredis non præjudicat; ergo neque fideicommiſſariis. Pergunt: matri non obeſt *tranſactio propter fideicommiſſum facta*, quin, quod minùs acceperat, repertis codicillis, ex fideicommiſſi causâ repetere poſſit; minimè igitur oberit fideicommiſſario: Utpote qui non tranſegit. Provocant tandem ad *Leg. 5. ff. de appell.* ejúſque §. *1.* qui ſic habet: *Si hæres inſtitutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioſo teſtamento agebat: Legatariis, & qui libertatem acceperunt, permittendum eſt appellare; ſi quæratur, per colluſionem pronunciatum.*

XLV. Diſtinguentes ſic procedunt: Vel id agitur inter tranſigentes, ut fideicommiſſum, aliquo dato, apud fiduciarium hæredem maneat; vel ut, aliquo accepto, transferatur in alium. Priore caſu affirmant ita valere, quod actum, ut datum non à fideicommiſſario ſed ex hæreditatis fideicommiſſæ fructibus repetendum: Cùm cuivis fideicommiſſi poſſeſſori incumbat bonorum

rum conſervatio ; cujus Doctrinæ Authores vide ſis apud *Knipſchild cit. Tract. Cap. 13. N. 21.* Poſteriore ſubdiſtingunt hunc in modum : Aut verſamur in fideicommiſſo ſimplice ; an verò in fideicommiſſo familiæ ? Si hoc : Deſcendentes, modò partis tranſigentis ſint hæredes, obligari ajunt ; cùm ſtringantur facto defuncti, quem repræſentant. Sin illud : Non obligari credunt fideicommiſſarium, ex rationibus *N. 44.* adductis *Widmond ff. h. t. à N. 131.* uſque ad *134. & à N. 141.* uſque *ad N. 143.*

Ad noſtram ſententiam via ſternitur.

XLVI. Verùm, ùt ùt has diſtinguentium vias non prorſus declinem; quia tamen difficultatem non evadunt, ſic procedentes: Rem paulò altiùs repetere placet; ac ita quidem, ut præprimis de fideicommiſſo ſimplice, ac demum de eo, quod familiæ vocant, agamus; atque ita ſimul mentem noſtram, quoad totam controverſiam, aperiamus.

XLVII. Fideicommiſſum ſimplex triplici potiſſimùm fit modo: Ut nempe vel ſtatim, vel poſt aliquot annos, vel denique moriens quis hæreditatem acceptam alteri reſtituat. *Primo modo* ſi hæreditas fidei tuæ ſit commiſſa, non poteris tranſigere; niſi fortè cum eo, cui reſtitutio

Distinguendo resolvitur controversia quoad fideicommissum simplex.

facienda: Nam actionem, ab extraneo moram, seu movendam, declinare poteris; laudando hæredem fideicommissarium, imò huic restituendo, ùt debes, hæreditatem. Dixi: *Nisi fortè cum eo, cui facienda restitutio*: Quòd si enim fiduciarium inter, & fideicommissarium oriretur dubium; hoc transactione utique tolli poterit; cùm alterius, præter hos, non interest: Siquidem fideicommissum simplex, primâ restitutione factâ, exspirat, neque ad hæredes, in eâdem qualitate, transit; ut omnes fatentur. *Secundo & tertio modo* si constitutum sit fideicommissum, ulteriùs videndum: An fiduciarius sit jussus restituere totum, quod accepit; num verò id tantùm, quod reliquum est. Si hoc: Res iterum difficultate caret; quemadmodum enim, in formato casu, fiduciarius omnia usque ad dodrantem alienare potest. *Novell. 108. Cap. 1. & Auth. contra. Cod. ad SCtum Trebell.* ita eatenus transigere non prohibetur. Sin illud: Valebit contra transigentem; an verò contra invitum, vel ignorantem etiam fideicommissarium? Hoc ipsum est, quod vexat Doctores. Ego judicium tantisper suspendo; donec circa naturam fideicommissi familiæ aliqua præmisero, ac in eandem rursus difficultatem incidero.

XLVIII. Fi-

XLVIII. Fideicommissum proinde (quod vocant familiæ) est illa hæreditas, quæ ita relinquitur, ut semper penes certam maneat familiam, ejúsque incremento, & perpetuitati quodammodò subserviat. De hoc fideicommisso dicitur, quòd regulariter extra familiam alienari non possit. *Novell. 39. Cap. 1.* Indéque desumptâ *authen. res quæ. Cod. comm. de Legat.* Et quî posset? dum leges approbant testatoris intentionem, id unicè voluntis, ut bona, fideicommisso obnoxia, perpetuò maneant in familiâ? Excipiunt Doctores nostri: Nisi talis emergat casus, *qui ipsum fideicomittentem ad alienandum flecteret.* Quidquid enim in vivis facturus fuisset testator; id hæredes posse, cum communi aliorum, docet *Schwed. in cit. Disp.* §. 4. atque hinc esse dicunt, quòd favore legitimæ, dotis, ut & donationis propter nuptias, ejusmodi rem alienare liceat; prout in *cit. Novell.* & *Auth.* expressum habemus. Dixi: *Extra familiam* alienari non posse. Inde sequitur, alienationem in personas intra familiam contentas, licèt etiam gradu sint remotiores, non esse simpliciter prohibitam; sed saltèm usque ad mortem alienantis valere. Imò valebit eodem modo; quanquàm in extraneum esset

De fideicommisso familiæ.

facta; cùm sic familiæ membris non generetur damnum: Neque verum fiat, quòd res è familiâ perpetuò exeat.

XLIX. Quemadmodum igitur perpetua fideicommissi alienatio regulariter est prohibita: Ita difficultas in eo tota residet, utrùm sub hâc alienationis prohibitione contineatur illa transactio, quâ bona fideicommissa, accepto aliquo, in extraneum irrevocabiliter transeunt. Thema esto hoc: Nicostratus Villæ Ascaniæ, quam unicam habet, hæredem nominat Balmasedam; sed ita, ne villa isthæc extra familiam unquam alienetur; vel ut mortuo Balmasedâ, ad Catonem veniat, Moritur Nicostratus: Hæreditatem adit Balmaseda; ac demum, dum Xenophon villam conatur vindicare, cum hoc ita transigit, ut Xenophon villam, Balmaseda quinque millia capiat. De hâc transactione quæritur, an, si sinè fraude, adeóque periculi gravitate ita exigente, sit inita; non tantùm Balmasedam; sed & omnes, qui de ejus sunt familiâ, item Catonem fideicommissarium obliget; licèt in transactionem, neque expresè, neque tacitè, consenserint; imò licet Descendentes ex Balmasedâ hujus nolint esse hæredes?

Proponitur status Controversiæ.

Affirmo

Affirmo obligare. Et quidnî affirmarem ? Ipſi enim contrariæ ſententiæ Authores (prout videre eſt apud *Schwed. in dict. Diſp. de alienat. bonor. fideicom. obnox.* §. *5.*) hâc, in Lege *82. ff. de cond. & demonſt.* verbo tenus contentâ utuntur regulâ : *Quod ipſe teſtator vivus facturus erat , ab hæredibus ſuis fieri juſſiſſe intelligitur.* Hâc , inquam, illi utuntur regulâ ; ut probent, licere rem fideicommiſſo obnoxiam alienare , pro dotandâ uſque adeò tali fœminâ, quam veriſimiliter (licèt citra ullam obligationem) fuiſſet dotaturus fideicommittens. Hoc ſi liceat ideo , quia *veriſimiliter* idem fuiſſet facturus teſtator ; non poterit tranſactio non eſſe licita : Cùm & hanc eâdem , imò majore, veriſimilitudine initurus fuiſſet defunctus. Pone (quod ſemper aderit) periculum , ne totum pereat ; niſi pars tranſigendo redimatur. Quid, quæſo ! in lubrico hoc rerum ſtatu teſtator vivus veriſimiliter erat factu-rus ? Illúmne , credes , malle obduratâ fronte , rem totam amittere , quàm partem conſervâre ? Id certè pugnat contra omnes prudentiæ regulas. Quid ſi adverſarium majore Juris probabilitate niti , ex prudentum conſilio , deprehenderet : Credéſne adhuc , maluiſſe defunctum deſperabundam

Valet tranſactio circa rem, fideicommiſſo familiæ obnoxiam.

Probatio ejus prima.

bundam litem perſequi, quàm in parte, per tranſactionem ſervandâ, ſalutem quærere? Laudanda eſt verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur. *Leg. 4. §. 1. ff. de alienat. Jud. mut. cau. factâ*; ergo laudanda eſt tranſactio. Ergo hanc præ turpi, ac periculoſo litigandi pruritu, amplexurus præſumi debet teſtator. Ita ad hominem (ùt loqui ſolemus) contra hos Authores.

Probatio ſecunda.

L. Duo in hypotheſi concurrunt: Fiduciarius nempe, & fideicommiſſarius: Utriuſque intereſt, litem vel motam, vel movendam, ita finiri; ut potiùs aliquid, quàm nihil capiant. Uterque, quia agitur de re fideicommiſsâ auſſerendâ, certat de damno vitando; ſed cum hoc diſcrimine: Ut, ſi in continuendâ lite (hanc enim, ubi tranſigere non licet, perſequi oportebit) vincat fideicommiſſarii pervicacia; & huic, & illi omnis fructus, imò omnis ſpes, caſu, quo ſuccumberet fiduciarius, præſcindatur. Si verò hujus (putà fiduciarii) verecunda cogitatio vincat; id eſt: Si tranſactio valeat; & huic, & illi proderit id, quod actum. Utrum æquius Judicas? Non illud: Quia ſic fideicommiſſarii, in tranſactionem, ùt ùt æquam, conſentire nolentis, malitia eò foveretur, ut in illius ſit arbi-

trio,

trio, fiduciarium suo privare Jure. Ergo hoc: Cùm utrique, quod servari potest, servetur.

LI. Patiatur fundus fideicommissus talem inundationem; ut, qui hactenus mille, posthac non valeat, nisi quingentis. Hanc, inquam, patiatur; & ulterius damnum minetur: Potuit (ut omnes fatentur) fiduciarius, etiam sinè consensu fideicommissarii, fundum quingentis vendere; ne sequatur, vendi non posse, nisi tricentis, vel fundum prorsus fieri inutilem. Audiamus eundem Schwederum, ùt ùt nobis aliàs hâc in re contrarium, *Dict. Disp.* § *16.* „ Alienare (inquit ibidem) quoque poterunt res „ fideicommissariæ, quæ modici sunt fructûs „ & parvo tempore inutiles remansuræ. *Franc.* „ *Becc. Cons.* 100. *N.* 20. Roman. in *Leg.* 3. §. 3. „ *ad SCtum Trebell.* N. 7. Hondedæ. *Cons.* 58. *N.* 20. „ *& seq.* Knipscild. *N.* 445. --- quia culpa imputari posset fideicommissario (fiduciario scribi debebat) si res illas, quæ servari nequeunt, „ non distraheret, & perire permitteret. *Leg.* 22. „ §. 3. *ad SCtum Trebell.* inde quoque res Ecclesiæ vendi possunt, quæ servando servari nequeunt; vel quæ magis oneri, quàm emolumento sunt Ecclesiæ. *Cap.* 7. *X. de reb. Eccles.* „

probatio tertia.

„ *non alien.* sic ille. „ Quæso! quid igitur obstet; quominus hæres fiduciarius transigere, sicque non tantùm periculum perpetuæ sterilitatis, sed & omnimodæ amissionis evadere possit?

Probatio quarta.

LII. Æs alienum, à testatore conflatum, potest à fiduciario, etiam vendendo res fideicommissas, dilui; quin ad hoc fideicommissarii adhibeatur consensus; id quod caret dubio, & ab omnibus docetur. Videatur idem Schwederus in *Dict. Disp.* §. 8. post plures alios, ibidem ab eo citatos. Poterit ergo etiam fiduciarius debitum verè probabile, distrahendo (quatenus opùs) res fideicommissas, exsolvere: Siquidem hoc Jus probabile, in communi hominum opinione, est æstimabile; ac proinde, dum transactione id primariò agitur, ut debitum è statu probabilitatis ad statum certitudinis elevetur; poterit id, quod certum, ùt reliqua debita, extinguere. Hæc Voëtii doctrinæ addere placuit. Cæterùm te monitum cupio, ut non cuivis ejus argumento (omnia *N.* 43. adducta habes) fidas: Plura enim fallunt; ùt, si ea ad limam reduxeris, facilè advertes.

LIII. Ponderanda nunc essent negantium momenta; sed quia eorum levitas ex his, quæ dicta, patescit; supersedeo hoc labore. LIV.

LIV. Cùm verò id, quod fiduciarius, cum extraneo transigens, vel retinet, vel accipit, retineat etiam, vel induat naturam fideicommissi; hinc ulteriùs quæritur: An id transigentes agere possint, ut fideicommissum familiæ suam exuat naturam, fiátque res, fideicommisso hactenus obnoxia, pòst liberrimæ dispositionis? Id certum, non posse hoc fieri, absque consensu agnatorum: Utpote quibus in ipsâ fideicommissi ordinatione Jus est quæsitum. In eo igitur quæstionis cardo est: An, & quousque hic consensus omnium, quotquot sunt, agnatorum sufficiat? Duplex autem quæsiti hujus est sensus. Primus: An, si certum sit, introductum esse familiæ fideicommissum, mutuo consensu agnati ab hoc ita recedere valeant, ut fideicommissi natura exspiret. Secundus: An in hoc dubio: Sítne introductum legitimè fideicommissum, nec ne? Id possint. Pro duplici quæstionis statu duplicem etiam, majoris claritatis gratiâ, lubet formare Casum. Pro primo sequentem: Neratius tres, quos habet, filios partibus æqualibus hæredes instituit; sed simul mandat, ut, quovis absque prole extincto, bona hæreditaria ad superstites, eorumque liberos

Sed an consentientes, quotquot sunt, agnati fideicommissi qualitatem tollere possint?

deveniant; atque extra familiam nunquam alienentur. Moritur Neratius: Filii hæredes, antequàm habeant prolem, conantur tollere qualitatem fideicommissariam; quæritur an possint? Pro secundo hunc: Bertrandus binam prolem (Ludovicum putà, & Arnulphum) ita hæredem instituit, ut videatur eam simul fideicommisso familiæ onerâsse. Ludovicus fundum hæreditarum alienare laborat; alienationem impedire conatur Arnulphus. Transactione tandem ita componunt rem; ut liceat utrique alienare, quod lubet.

Negativè concluditur.

LV. Communis & mihi sedet opinio, nunquam id inter agnatos (ùt ùt omnes, quot quot vivunt, consentiant) sive pacto, sive transactione agi posse; ut fideicommissi, sive dubii, sive certi, tollatur vinculum; utpote non in viventium duntaxat, sed & nascitur orum favorem introductum. Voluit fideicommittens immortalitati familiæ (quatenus id humanitùs licet) consulere; quî verò finem hunc esset consecuturus; si (de quo disceptamus) liceret agnatis? Familiæ, quâ tali, prospectum voluit testator, non verò singulis agnatis; nec igitur hi favori, non pro se introducto, poterunt renuntiare. Quòd si

ta-

tamen, vi ejuſmodi conventionis, hic, aut ille agnatus ad alienationem bonorum fideicommiſſo obnoxiorum procederet; valeret quidem hic actus in præjudicium agentis; & (ùt communior habet) hæredum; non verò eorum, qui abſtinentes ab hæreditate, fideicommiſſo inhærere, ejúſque Jure uti cupiunt. Videatur hanc in rem *Widmont. ff. h. t. N. 141. & N. 147.* Neque Lex *11. Cod. h. t.* aut Lex *11. Cod. de fideicom.* aliud evincunt; cùm has de fideicommiſſo ſimplice intelligendas putamus.

Idem de majoratu, & primogenituâ ſuſtinemus.

LVI. De Jure Majoratûs & Primogenituræ, an tranſigi poſſit; non eſt cur ſollicitè inquiram: Poterit enim facillimè intelligi ex his, quæ de fideicommiſſo familiæ ſunt dicta prolixiùs; cùm utrobique eadem ſubſit ratio.

An Prælati de bonis Eccleſiaſticis.

LVII. Neque id difficultatem habet, an Prælatus, vel quicunque alius Eccleſiæ Rector de bonis Eccleſiaſticis tranſigere poſſit. Cùm enim hic earum rerum non ſit Dominus; neque mandatum habeat cum *liberâ*: Siquidem alias quaſcunque Eccleſiæ res (immobiles, mobiles pretioſas) alienare poſſet; quod tamen omnes negant: Neque etiam de mandato, ad tranſigendum ſpeciali (id quod ſuppono) ipſi ſit proviſum;

visum; sequitur illum regulariter transigere non posse. Dixi: *Regulariter*. Quemadmodum enim quandoque (putà quoad res non servabiles) de Jure certo potest disponere: Ita & his in casibus de dubio transigere poterit. Videantur Juris Canonici interpretes ad *Tit. de reb. Eccles. non alienand.* item ad *Cap. Ambitiosæ. in extravagant. comm.*

An cedens post cessionem factam.

LVIII. Dictum suprà *N. 32.* posse, pro lubitu, transigere procuratorem in rem suam, id est, cessionarium cum debitore cesso. Videndum hìc, an ipse cedens, cessione perfectâ, cum debitore cesso ita transigere possit; ut huic contra cessionarium generetur exceptio rei transactæ. Si cessionis ignorantiam supponamus in debitore cesso; affirmativa erit certa. Si verò scientiam, quomodocunque acquisitam, contrà est dicendum. Per *Leg. ult. ff. h.t.* supra *N. 43.* integrè adductam. Poterit enim debitor cessus, modò cessionis sit ignarus, cedenti securè præstare solutionem, ut debito absolvatur *Leg. 3. Cod. de novat.* quidnî igitur cum illo transigere?

LIX. Habes constantiam regulæ, suprà N. 23. adductæ; habes proinde, quis possit, quis non possit transigere. Cùm verò transactio variis de

Jure

Jure Romano, variis etiam de moribus ineatur modis; de his paucis videndum. Sit igitur

CAPUT IV.

Quot, & quibus modis fiat transactio.

LX. Fit transactio nudâ partium conventione; prout colligitur ex *Lege 15. Cod. h.t.* ibi: *Ut responsum congruens accipere possis; insere pacti exemplum: Ita enim intelligemus utrùm sola conventio fuerit, an etiam Aquiliana stipulatio, nec non & acceptilatio secuta fuerit. Quæ si subdita esse illuxerit, nullam adversariæ tuæ petitionem hæreditatis, vel in rem specialem, competere palàm erit.* Quamquàm hæc conventio, antequam, ex unâ saltèm parte, accedat implementum, non tam transactio, quàm pactum potiùs de transigendo sit dicenda. Atque inde est, quòd non actionem, sed exceptionem tantùm producat. Confer ea, quæ suprà N. 15. diximus.

Fit transactio nudâ partium conventione.

LXI. Fit etiam per Aquilianam stipulationem; accedente tamen acceptilatione: Hâc enim omissâ, per solam stipulationem Aquilianam fieri transactionem, erat inconceptibile. Et

Fit per Aquilianam stipulationem, accedente acceptilatione.

quid

quid mirum ? Ea enim eſt Aquilianæ ſtipulationis indoles ; ut id tantùm, quod ex quovis alio contractu debetur, transformet in debitum ex ſtipulatu ; Id quod videre eſt in §. 1. *Inſt. quib. mod. toll. oblig. Eſt autem* (inquit hìc Imperator) *prodita ſtipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulationem deducatur, ut & ea per acceptilationem tollatur.* Accedere igitur debebat acceptilatio ; ut conſurgeret tranſactio : Hæc enim remiſſionem quandam requirit. Exemplum ponit Gloſſa ad *Leg. 1. ff. h. t.* ſequens : Prætendo, te mihi debere 100. ex mutuo, vel vendito. Tu negas. Tranſigimus ad 50. & deinde interrogo te : *Quod mihi ultra 50. debes ex mutuo, ſolvere promittis ?* Et reſpondes : *Promitto.* Ecce ! novationem debiti ex mutuo in debitum ex ſtipulatu. Deinde tu interrogas me : *Habéſne acceptum ?* Et Reſpondes : *Habeo.* Perimitur prior obligatio ex ſtipulatione, & ex mutuo ; manente obligatione ad 50. ex tranſactione. Inſpice *Leg. 4. ff. h. t.* quæ ita : *Aquiliana ſtipulatio omnimodò omnes præcedentes obligationes novat, & perimit : Ipſa perimitur per acceptilationem.* Sed ſatis de nimiâ hâc Antiquorum ſcrupuloſitate ; neque

vacat

vacat in ejus originem, neceſſitatemque (quam ingerebat Lex *35. ff de R. J.*) inquirere; cùm hodie nullus hujus rei uſus ſuperſit; pactúmque regulariter valeat idem, quod olim ſtipulatio.

LXII. Fit quoque nudâ acceptilatione; tum ſcilicet, ſi quid debeatur ex ſtipulatu. Sit exemplum hoc: Ego contendo, te mihi debere centum ex ſtipulatione, adcóque verborum obligatione: Tu verò negas. Pendente lite tranſigimus, interpoſitâ acceptilatione, ſupra quinquaginta hoc modo: Tu me interrogas, an ex centum, quæ à te peto, & de quibus controverſia te inter, & me exiſtit, quinquaginta acceptò feram. Ego reſpondeo, me ex centum controverſis quinquaginta tibi acceptò ferre; eâ lege, ut reliqua quinquaginta ſolvas. Sed neque hujus ullus ampliùs uſus; ex eâ ratione, quam *N. præc.* dedimus. Fit etiam quandoque per Solam acceptilationem.

LXIII. Fit denique cum vel ſine pœnæ adjectione: Cum, vel ſinè Juramento: In Judicio, vel extra: In, vel ſinè Scripturâ: Purè, vel ſub conditione: Sub modo, in diem, ex die. Sed quia hæc omnia reliquis contractibus ſunt communia; non ſoli tranſactioni propria: Hinc non lubet illis inhærere. Fit denique variis modis minùs notabilibus.

An fiat de Jure Palatino absque Judiciali Insinuatione.

LXIV. Illud tamen non ineptè quæritur: An non de Jure Palatino neçeſſaria ſit judicialis inſinuatio; quando res immobilis, circa quam initur tranſactio, à poſſeſſore, aliquo accepto, in alium transfertur. Dubium inde oritur, quia Leges Provinciales Palatinæ contractum Empti Venditi, ſi de rebus immobilibus agatur, validum aliter nolunt; niſi acceſſerit judicialis inſinuatio. Et ſanè, ſi ſtatuti hujus examinetur ratio; vix alia eſſe videtur, quàm ut certitudinem dominiorum, indéque hoc habeamus, quod non poſſit quis, conflando debita, creditores, præſertim eos, qui ſibi de hypothecâ proſpici cupiunt, tam facilè decipere: Habebit enim quiſque creditor, quod ſibi imputet, penes Judicem non inquiſiviſſe. Verùm ita ſentire, non ſinunt dictæ Leges Provinciales: Tum; quia *tit. de tranſ. in princ.* ſine ullo bonorum diſcrimine dicitur valere tranſactio, ſive in Judicio, ſive extra illud, ſit inita: Tum etiam; quia id, quod circa venditionem aliter ſtatutum, velut â Jure communi exorbitans, extendendum non eſt ad alios contractus: Tum denique; quia ipſa Jura Palatina rationem receſsûs à Jure communi, quoad venditionem, in eo ponunt, quòd hic contra-

contractus (putà Empti venditi) ſit inter ſubditos frequentiſſimus.

CAPUT V.

De rebus,

Quæ in tranſactionem veniunt.

LXV. *QUæ res non eſt materia contractûs, neque tranſactionis erit.* Et contrà: *Quæcunque eſt materia contractûs, erit &* (ſuppoſito tamen dubio) *materia tranſactionis.* Regula, quibus de rebus tranſigi poſſit.

LXVI. Duo itaque, ut res dicatur, & ſit materia tranſactionis, requiruntur: Primum, quòd debeat eſſe in commercio humano. Secundum, quòd Jus, ſive in re, ſive ad rem, debeat eſſe dubium. Et adeò quidem hæc duo ſunt neceſſaria; ut, ſi unum abſit, non poſſit tranſigi. Eo autem modo, quo res quædam eſt in commercio, eodem etiam, & non alio, de eâ tranſigi poteſt. Clariùs loquor: Quaſcunque ſolennitates alii contractus, quibus Jura rerum transferuntur, de Jure communi requirunt; easdem etiam requirit tranſactio. Dixi *de Jure communi*; fallit enim de Jure Palatino: Cùm hoc ad valorem venditionis requirat judicialem inſi-

nuationem; non etiam ad tranſactionem: Prout vidimus *Cap. præced.*

Ad tranſactionem requiritur res dubia.

LXVI. *Dubium* proinde (ut ab ultimo, ceu generaliore, requiſito incipiam) requiritur. *Leg. 1. ff. h. t.* Et hinc eſt, quòd, ùt de aliis juribus certis, ita de re judicatâ tranſigi haud poſſit. *Leg. 56. ff. de re Jud. Leg. 32. Cod. h. t.* Eam verò rem Judicatam intelligere oportet; quæ *primò* ſit certa: *Secundò* tranſigentibus nota; & *tertiò* omni Juris remedio major; alias enim res Judicata, in rigore, non intelligitur. Unde colliges, ob deficientem rei Judicatæ certitudinem, admitti tranſactionem in eo, qui Judicatum, ſive in totum, ſive pro parte (non tamen frivolè, ſed prudenter) negat. *Leg. 11. ff. h. t.* Colliges etiam, valere tranſactionem de re Judicatâ; quando partibus Judicatum eſſe, nondum innoteſcit *eâd. Leg. 11. ff. h. t.* Aliud enim eſt, propoſitionem quoad ſe, & aliud, quoad nos, eſſe certam. Prior certitudo (putà Juris) ſemper adeſt; ſed quia relinquit dubium quoad nos; inde tranſactioni non officit. Atque hoc comprobat ſupremæ appellationis Palatinæ Praxis; ſiquidem, ùt ùt in ferendâ hoc vel illo modo ſententiâ ſit conventum, ante publicationem

Unde regulariter tranſigi nequit de re Judicatâ.

tamen

tamen amicabilis (ut vocant) compositio tentari solet. Colliges denique de re Judicatâ posse transigi; si patiatur adhuc exceptionem v. gr. SCti Vellejani, Macedoniani, beneficii Competentiæ, Appellationis, Revisionis, Supplicationis, Nullitatis, Restitutionis in integrum, & quæ sunt ejusmodi.

LXVII. De eo disceptatur inter Authores: An, dum tantam, de moribus, vim pacto tribuere solent; ut producat, tollatque actionem; transactio de re Judicatâ, partibus cognitâ, valeat saltèm per modum pacti? Affirmativa quidem (ùt testatur Stryck. *in usu mod. pand. h. t.* §. 7.) communior esse videtur; sed invitâ Jurisprudentiâ. Ut ùt enim juxta *Leg. 1. ff. h t.* non dubitandum, posse pacto Jura etiam certa remitti; non tamen illud, sed hoc quæritur: An transigens, remittere voluisse, semper censeatur. Nemo certè in dubio liberalis, & suum jactare, quin potiùs id agere velle præsumitur, quod verba contractûs sonant. Necesse igitur est (inquit Stryck. *cit. loc.*) ut de animo paciscentis liberali constet; qui exinde evidens, si, cùm sciret, sibi Jus liquidum competere, tamen ex amicitiâ, vel commiseratione Judicatum, sive totum, sive pro

An, & quando valeat transactio de re certâ in vim pacti.

Distinctione componitur difficultas.

parte, remiſerit. Si verò de debitoris, jam condemnati, pertinaciâ, ejuſque excutiendi difficultate conſtet ; amplectenda Molinæ ſententia, *Tract. 2. Diſp. 556. N. 2.* ita ſcribentis : *Quando is, in cujus favorem lata eſt ſententia, quæ in rem Judicatam tranſiiſſet, conſentiret in tranſactionem, quia alter difficilis eſt, ac potens, neque obtinere ab eo facilè poteſt totum, quod ipſi eſt adjudicatum ; tunc invalida eſt tranſactio, & poſt partem, vi tranſactionis obtentam, poſſet agere ad reliquum ; eò quòd nulla fuiſſet tranſactio.* Hoc enim caſu (ſic addit Stryck. *eod. loc. §. 8.*) nec vi pacti ſuſtineri poſſet tranſactio ; non enim præſumenda liberalitas in eo, qui ob malitiam adverſarii, & defectum neceſſariorum ſumptuum, difficilem ſentit executionem.

Quid in dubio circa tranſactionem de re certâ præſumendum.

LXVIII. Sed quid, ſi neque de amici, aut commiſerentis animi liberalitate, neque etiam de pertinaciâ debitoris appareat quidpiam ? Sufficit in dubio neminem præſumi liberalem ; ideoque dato caſu non valebit, quod actum. Conſultum proinde, uſitatam Pragmaticis clauſulam ſubnectere ; nempe hanc : *Si non valeat actus in vim tranſactionis ; valeat in vim pacti liberalis, vel quovis meliore modo.*

LXIX. Alte-

LXIX. Alterum requisitum est, *rem* (de quâ transigitur) *esse in commercio humano.* Unde patet, res communes (si dentur) non esse materiam transactionis; cùm in nullius sint dominio. De publicis verò, uti & iis, quas universitatis dicimus, transigi potest; non quidem à quovis vel Reipub. vel Universitaris Membro (in privatorum enim dominio nec hæ, nec illæ sunt) sed ab ipsâ Repub., vel Universitate; cùm harum dominio verè sint subjectæ. Verùm levia hæc sunt; atque hinc, vel obiter tetigisse, sufficiat. Requiritur, rem, de quâ transigitur, esse in commercio.

LXX. Ad utiliora pergo; resque divido in Sacras, & Profanas, atque has subdivido in civiles & criminales; de quâvis specie seorsim, sed ita acturus, ut ad regulam *N.* 64. datam, ibique explanatam, omnia reducantur.

De transactione circa res Sacras.

LXXI. Res Sacras, in rigore sumptas, eas dicimus; *quæ* (ut cum Imperatore nostro *in* §. 8. *Inst. de rer. divis.* loquamur) *rite per Pontifices DEO consecratæ sunt.* Subintellige: *Principaliter*, & *immediatè*; ut differant à rebus Ecclesiasticis: Quippe quæ non immediatè cultui divino, sed diversis Ecclesiarum, aliorúmque piorum locorum, Res Sacræ, quæ?

rum, nec non perſonarum, ad ea pertinentium, uſibus inſerviunt. V. gr. annui reditus, decimæ, ædes Parochiales, & his ſimilia; quas res, etiam Sacras (ſed paulò largiùs) vocamus. De his, & illis agendum.

Nequit de illis tranſigi.

LXXII. De rebus Sacris, propriè talibus, cùm non ſint in commercio, tranſigi non poſſe, expeditum eſt. Niſi Eccleſia ſit ære alieno onerata; neque illud alio modo expungi poſſit: Niſi ſint redimendi captivi; & niſi pauperes ſint alendi. His enim in caſibus, ùt vendere, ita de iis tranſigere licet.

De Eccleſiaſticis poteſt; ſed ſuo modo.

LXXIII. Res Eccleſiaſticæ eo modo ſunt tranſactionis materia, quo ſunt venditionis, aut permutationis. Hinc annui reditus, decimæ &c. Quoties, abſque cauſæ cognitione, ſuperioris conſenſu, & decreto, alienari non poſſunt; Toties etiam tranſactionem, non ſervatis his, prorſus reſpuunt.

Idem de beneficiis de Jure præſentandi, & ſubjectione in ſpiritualibus.

LXXIV. Idem dicimus de Jure præſentandi, de ſubjectione in ſpiritualibus, & de beneficiis. Quomodo autem res ſpiritualis cum aliâ ſpirituali poſſit commutari, abſque labe ſimoniæ; illud hauriendum ex Canoniſtarum doctrinâ, quam communiter tradunt ad *Cap. 6. de*

rerum

rerum permut. neque enim noſtrum eſt, iſthæc, utpote ab hoc loco aliena, huc accerſere; cùm nobis ſufficiat, ex alienandi, & permutandi facultate legitimè inferri tranſigendi poteſtatem.

Non licet tranſigere de matrimonio, quoad vinculum.

LXXV. De Matrimonio, quærunt Authores, an tranſigere liceat. Sunt quibus diſtingue re placet: An de firmando, num verò de diſſolvendo agatur. Poſteriore caſu negant; priore affirmant, valere tranſactionem. Sed apertè falſam Judico hanc ſententiam: Quemadmodum enim in privatis non eſt, ponere impedimenta dirimentia: Ita neque ea tollere poſſunt. Ut proinde valor Matrimonii à contrahentium non dependeat arbitrio. Aliud de ſeparatione quoad thorum & cohabitationem, uti & de ſponſalibus, dicendum; cum horum conſtantia in partium Jure ſit poſita: Ita tamen, ut non recedatur, niſi modo à Sacris Canonibus approbato. Hinc etiam de Matrimonio rato tantùm, accedente ſummi Pontificis conſenſu, tranſigi poſſe, nihil vetat; cùm enim ſic, comprobante id praxi Romanâ, Matrimonium poſſit diſſolvi; quid tranſactioni obſtet? *Vide Schmalzgrueb in Decret. h. t. N. 11.*

Licet quoad ſeparationem thori, uti & quoad ſponſalia.

Licet etiam de Matrimonio rato.

De transactione circa res Profanas eásque civiles.

Regula, quoad materiam transactionis, repetitur.

LXXVI. Revoco huc Regulam: *Quæcunque res est materia alterius contractûs; illa etiam transactionis est materia.* Et contra: *Quæcunque non est alterius contractûs neque transactionis erit;* suppositio tamen (quod iterum moneo) utrobique dubio. Videamus an patiatur exceptionem.

Potest transigi de alimentis, cum restrictione tamen.

LXXVII. Hanc non patitur in transactione de Alimentis, Testamento, Codicillo, vel Donatione mortis causâ relictis; vel etiam iis, quæ ex mortis causâ capione debentur: Sive enim præterita sint, sive adhuc futura; id verum manet, quòd, quæcunque transactioni in *Leg. 8. ff. h. t.* & in *Leg. 8. Cod. eod.* sunt præscripta, eadem etiam in alio quovis contractu de alimentis, sint observanda. Lustremus rem paulò accuratiùs. De alimentis præteritis certum est, quòd circa ea liberè, & absque judice, transigi possit. *De alienentis præteritis* (inquit Lex *8. Cod. h. t.*) *si quæstio deferatur, transigi potest:* Neque enim quisquàm in præteritum vivit, aut alendus est. De alimentis futuris igitur statutum in *Cit. Leg. 8. ff. h. t.* & *Leg. 8. Cod. eod.* quod circa illa aliter transigi non possit, quàm si Prætoris decretum accesserit. Ecur ita?

Ne

Ne hi, quibus alimenta relicta, nimis temerè transigant, & præsentis lucri illecebris capti, modicó sint contenti, atque ita provida, testatoris, alimoniam concedentis, voluntas subvertatur *Cit. Leg. 8, §. 2.* nunquid eadem ratio aliam quamcunque alienationem impugnat? Sic puto; Considerandum enim (inquit Cl. Voëtius ad *ff. h. t. N. 14.*) parentes, aliósque, qui liberis aut cognatis, in luxum pronis, committere proprietatem rerum non audebant, ne, prodigalitate brevi dissipatis, esuriendum esset; annua, aut menstrua, aut diurna testamento alimenta prudenter concessisse. Addo ego, Reipub. interesse, ne tot diffluat mendicabulis. An igitur (inquies) ne pacto quidem liberali remitti possit alimentandi obligatio? Nequaquam. Num itaque (sic instabis) favore, pro se introducto, frui debebit Alimentarius? Debebit hoc modo; ne ipsi desit Jus exigendi alimenta; actu vesci iis, non debebit. Quid ergo (sic urgebis) si alimentarius sit homo frugi, & aliunde dives? Adhuc requiritur Judicis decretum. Re verò cognitâ huic & transactio, & alia permittetur alienatio; nullatenus ei, qui & morum, & mediorum luce destitutus deprehenditur. Id enim eadem Lex *8. ff. h. t.* severè præcipit, ut Prætor

cautè inquirat cauſam tranſactionis: Ut modum alimentorum ſollicitè conſideret; & ut tandem tam alimentantis, quàm alimentandi perſonam probè examinet; adeo ut, his omiſſis, tranſactio dicatur ipſo Jure nulla: Niſi (quod etiam in alio minorum, pupillorumque contractibus dici ſolet) conditionem ſuam reddiderit meliorem, aut ſaltèm non deteriorem, alimentarius *Dict. Leg. 8. §. 6. pen. & ult. ff. h. t.*

LXXVIII. Cæterùm ſi quis ex contractu, adeóque propriâ induſtriâ, ſibi acquiſierit alimenta; nil obſtat, quominus, etiam abſque prætoris decreto, de iis tranſigi poſſit: Cùm in eum, quem tanta commendat frugalitas, non cadat prudens ſuſpicio futuræ mendicitatis. Quod ſecus in eo, cui, actu ultimæ voluntatis, adeoque ab alio, ſunt relicta: De hoc enim non poſſumus non ſuſpicari, ſibi alendo non eſſe; ex eo, quòd relinquens hâc, & non aliâ legati ſpecie illum voluerit honoratum *eâd. Leg. 8. §. 2. ff. h. t.*

LXXIX. Sed quid ſi tranſactioni de alimentis, teſtamento relictis, initæ, additum ſit Juramentum? Affirmant quidem multi, eam hoc caſu valere; ſed diſplicet hæc opinio; Cùm, ùt auditum, lex illa non tam alimentandorum, quàm

quàm Reipublicæ favorem (ſaltèm primariò) reſpiciat.

LXXX. An verò de relictis in teſtamento tranſigi poſſit, non inſpectis tabulis ; inter Authores maximè controvertitur. Negativa communiùs recepta ; affirmativa Recentioribns quibusdam placet. Quid quid dixeris non offendes regulam noſtram : Nam ſi non poſſit tranſigi ; neque ſubſiſtet alia quævis alienatio, oneroſa ſcilicet , atque in eo tranſactioni ſimilis. Dico : *Oneroſa* : Quòd enim tam hæreditatem, quàm rem legatam repudiare poſſit vel hæres , vel legatarius ; dubio caret : Prout paulò pòſt videbimus prolixiùs.

An poſſit tranſigi ſuper relictis in teſtamento, non inſpectis tabulis.

LXXXI. Negantes ſe fundant in *Leg. 4. ff. h. t.* quæ ſic habet: *De iis controverſiis , quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi , neque exquiri veritas aliter poteſt, quàm inſpectis , cognitiſque verbis teſtamenti.* Ecce ! (inclamant) rem Authoritate Imperatoriâ deciſam habes. Confirmant per legem *12. ff. eod. tit.* quæ ſic loquitur : *Non eſt ferendus , qui generaliter in his , quæ teſtamento ei relicta ſunt , tranſegerat , ſi poſtea cauſetur , de eo ſolo cogitaſſe, quòd primâ parte teſtamenti , ac non etiam , quod poſteriore legatum eſt. Si tamen*

Negantium rationes.

poſtea codicilli proferantur, non improbè mihi dicturus videtur, de eo duntaxat ſe cogitaſſe, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, Scripturâ continere-tur. Atque hanc ſententiam etiam tum veram putant; licèt tranſigens hiſce legibus, adeóque tabularum inſpectioni, conſultò renunciaret. Conſtitutio enim (ſic inquiunt) annullans hujuſmodi tranſactionem, eſt introducta ad præcavendas fraudes: Atqui hæ (ſic ſubſumunt) non ſatìs caverentur; ſi renunciationi locus eſſet: Nam quâ fraude quis induceretur ad tranſigendum; eâdem ad renunciandum facilè poſſet induci. Ergo (ſic concludunt) renunciatio hæc non addit valorem tranſactioni. Imò ſuſtinent, renunciationem ne tum quidem valere, ſi Juramento ſit firmata: Cùm leges, tranſactionem prohibentes, non præcisè in favorem perſonæ, tranſigere volentis, ſed ſimul etiam, & æquè principaliter ob bonum publicum (ſic putant) &, ut ultimæ voluntates exitum habeant, ſint introductæ. Ita Haunold. *de Jure & Juſt. Tract. 10. Cap. 10. Controv. 4. N. 1012. & 1013.* Addunt: Ex Jurejurando delato, ac præſtito ſuper his, quæ teſtamento dicebantur relicta, nullum Jus ſibi Jurans metiri poteſt; ſi poſtea, inſpectis teſtamenti

menti tabulis, nihil relictum conſtet; licèt aliàs de perjurio non ſoleat quæri. *Leg. ult. Cod. de reb. cred. & Jurejur.* ergo neque ex tranſactione; cùm Jusjurandum vim tranſactionis, ac deciſionis obtineat, imò Jurejurando tranſigatur. *Leg. 2.* & *Leg. 32. ff. de Jurejur.* ſic Voëtius *ad ff. tit. de tranſ. N. 12.* Reſtringunt tamen hanc doctrinam ad caſum, quo tabulæ haberi, ac inſpici poſſunt: *His enim extinctis, aut fortuitò ſublatis* (ita ratiocinatur Schilterus) *incipit res adeò eſſe incerta; ut, exquiſitis omnibus, certa fieri vix poſſit; niſi tranſactione, aut arbitrio Judicis: Qui v. gr. lega-ti quantitatem, ſecundùm patrimonii æſtimationem, & perſonæ petentis qualitatem, definire poteſt.* Reſtringunt porro, ut ſatis ſit, tranſigentem eſſe edoctum, quid tabulæ contineant: Neque enim oculis corporeis (ſic illi loquuntur) eas inſpici neceſſe; ſed mentis oculis vidiſſe, ſat eſt. Ruinus *Vol. 2. conſ. 14. N. 14.* & alii.

LXXXII. Quid affirmantes? Excipiunt hi caſum, quo quis dolosâ tabulatum ſuppreſſione, ad tranſigendum fuiſſet inductus; aliàs tranſactionem, bonâ fide, licèt tabulis non inſpectis, initam, ſubſiſtere ajunt. Et hos ſequimur. Quæ ratio? Non una; ſed multiplex. *Lex ſexta*, quam Affirmantium rationes.

in

fronte præcedentis Nri conſpicis, quâque nituntur unicè Adverſarii, turbida lacuna eſt, aut (ut mitiùs loquar) avulſa tabula; cui non niſi deſperabundum concredas. Cur ita? Id diſces, ubi legem *1. ff. teſt. quemad. aperiant.* inſpexeris. *Omnibus* (inquit hæc Lex) *quicunque deſiderant, tabulas teſtamenti inſpicere, veletiam deſcribere, diſpiciendi deſcribendique poteſtatem facturum ſe, prætor policetur.* Hæc ſunt Edicti prætorii verba. Quid in illa commentatur Gajus? *Ratio autem* (ait) *hujus edicti manifeſta eſt; neque enim ſinè judice tranſigi, neque apud judicem exquiri veritas, de his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quàm inſpectis, cognitiſque verbis teſtamenti.* Undenam deſumpta Lex? Ex Gaji *Lib. 17. ad Edict. Provinciale.* Undenam illa, quam avulſam dicimus tabulam? Ex eodem Gaji *Lib. 17. ad Edict. Prov.* ſic utriuſque inſcriptio docet. Fateberis igitur legem *6. ff de tranſact.* eſſe fragmentum Legis *1. ff. teſtam. quemad. aperiant.* Et quidnî fatearis; cùm eadem prorſus utrobique occurrant verba? Hoc ſolùm proinde reliquum eſt; ut videamus, quid Gajo propoſitum fuerit, quando in *dictæ Leg. 1. ff. teſtam. quemad. aper.* verba ſuperiùs citata ſcribebat. Non aliud ſanè, quàm ut oſtenderet, æquitati

eſſe

esse congruum, testamenta iis, quorum interest, exhiberi; ut, sive absque Judice (privatâ scilicet conventione) transigere, sive coram Judice controversiam expedire placuerit, tantò faciliùs ad metam pertingere liceat. Cajus ergo de facto (putà de majore facilitate componendarum litium) non de Jure est locutus: Neque enim privati Juris-Consulti est, legem ferre. Ad Caji itaque mentem (de facto scilicet) intelligi etiam debet *Lex. 6. ff. h. t.* ceu frustillum Legis *1. ff. test. quemad. aper.* idque vel maximè ideo, dum aliter prorsus rescribunt Imperatores Diocletianus, & Maximianus in *Leg. 19. Cod. h. t. sub prætextu* (inquiunt) *instrumenti pòst reperti, transactionem, bona fide factam, rescindi, Jura non patiuntur.* Nunquid enim & testamentum instrumenti est species? Id non negas. Quid igitur (quæso!) est, quòd reliqua instrumenta, ùt ùt ignorata, non convellant transactionem; si pòst producantur; testamenta verò, etiamsi sciantur adesse, & inspici nolint, transigi non patiantur? Reipublicæ (ais) interest, ut ultimæ voluntates ad finem perducantur. Itane verò? An igitur legatum, vel totum, vel pro parte etiam, negligi à volente non possit? An hæreditas ab eo, qui cohæredem

habet, repudiari vel tota, vel pro parte nequeat? Neque id negas. Sed dicis: His casibus testatoris voluntas in eo finem obtinet, quòd legatum ad hæredem, & hæreditas, à cohærede repudiata, ad alterum veniat cohæredem. Mirum! Nunquid idem accidit, si legatarius cum hærede, vel cohæres cum cohærede transigat? Id non vult (inquis) testator. Cur ita? Quia legibus se conformare præsumitur. Quibus? An Legi *6. ff. h. t.* aliisque *N. 81.* allegatis? Sed audiisti legem illam *6.* non esse nisi mucidum & rancidum frustillum. Reliquæ, si probè inspexeris, tibi non favent. Id mihi abundè est, te non rationi, sed fragili verborum, malè collocatorum, structuræ inniti.

LXXXIII. Et ut clariùs percipias, quàm tibi (quod dixi) reliquæ non faveant Leges, suprà *N. 81.* adductæ; scias, in *cit. Leg. 12. ff. h. t.* hanc contineri speciem: Generaliter in his, quæ (hoc probè nota) testamento relicta, transactum est; reperti pòst, productíque sunt codicilli, in quibus ampliùs quid relictum, deprehendebatur. Quæstio mota: An, qui dicebat de codicillis se non cogitasse, sit audiendus? Et respondetur, esse audiendum. Quid, obsecro! Favoris hoc

è loco

è loco exſculpes ? Reſtricta erat mens tranſigentium ad ſolas (ùt habent verba Legis) teſtamenti tabulas; de codicillo nulla mentio, nulla cogitatio. Quis ergo dixerit, tranſactionem, quæ, dum renunciationem involvit, ſtrictæ eſt interpretationis, ad non cogitata eſſe extendendam ? Nemo ſanus. Quid verò id ad rem noſtram ? Supponimus nos, eſſe cogitatum de re, circa quam tranſactum; ſed non eſſe inſpectas, imò nec inſpici voluiſſe, tabulas. Id potiùs dixerim, te hâc eâdem Lege convinci : Tua enim ſi procedat opinio; eatenus [& non aliter] tranſactum dicetur, quatenus inſpectæ ſunt tabulæ ; Quod Lex citata apertè negat.

LXXXIV. Ejusdem, niſi deterioris, farinæ eſt Lex *ult. Cod. de reb. Cred. & de Jurej.* dum prorſus aliena ab hâc noſtrâ quæſtione continet ; ùt legenti patebit. Adhæc ratio deciſionis in iniquitate jurantis, non verò in eo ponitur, quòd tabulæ non ſint inſpectæ. Legis verba ſunt hæc : *Cùm quis legatum, vel fideicommiſſum, utpote ſibi relictum, exigeret, &, teſtamento fortè non apparente, pro eo ſacramentum ei ab hærede delatum eſſet, & is religionem ſuam præſtaſſet, affirmans, ſibi legatum, vel fideicommiſſum derelictum eſſe; & ex hu-*

jusmodi testamento id, quod petebat, consecutus esset; postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum. Apud antiquos quærebatur, utrùm jurejurando standum esset, an restituere deberet, quod accepisset: Vel si ei reverà derelictum esset legatum, vel fideicommissum, an daremus licentiam hæredi, falcidiam, si competat, ex hoc retinere. Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum, vel fideicommissum, & nullum ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere: Sed si verum fuerit inventum; Quartæ detentionem introduci, si tamen locum habeat: Ne cui, ex delicto impium sibi lucrum afferre, nostris legibus concedatur. Lege hæc: Relege; ac, quæ dixi, vera deprehendes. Hæc fortassis quæstio: An postquam juratum ab eo, cui adversarius sponte detulit jusjurandum, in hujus æquitatem, vel iniquitatem inquirere, adhuc liceat? Meliore Jure ex illâ lege suscitari posset; quod vult Anton. Faber *de errorib. pragmat. decade 19. errore quinto.* Sed, quidquid sit, controversiam illam, utpote ab hoc loco alienam, ad propriam sedem ablego.

LXXXV. De hæreditate viventis non est, quod moneam: quocunq; enim in casu de eâ paciſci licet; eodem etiam in casu transigere fas est.

De transactione circa negotia criminalia.

LXXXVI. QUid Crimen inter, & delictum (si rigorosè loqui placeat) sit differentiæ; aliunde notum. Nos delictum, hìc loci, in privatum & publicum, dispescimus; ac utrumque vel ùt præteritum, vel ùt futurum consideramus. Differunt delicta.

LXXXVII. De futuro (sive privatum, sive publicum sit) non valet transactio; utpote quæ ad delinquendum invitaret. *Leg. 7. §. 14.* & *Leg. 27. §. 4. ff. de pact.* item *Leg. 70. §. ult. ff. de fidejussorib.* sicque non tam privatorum, quàm Reipub. Jura, cujus interest, peccantium audaciam retundi, violaret. De futuro delicto nunquam transigere licet.

LXXXVIII. De præteritis si quæstio incidat; videndum, num publica, num privata sint. De his (nempe privatis) eò valere putarit transactionem; ut pœnæ pecuniariæ tollatur obligatio. *Leg. 54. §. ult.* & *Leg. 56. §. 4. ff. de furt.* non verò, ut infamia evitetur. Ita Voëtius ad *ff. h.t. N. 16.* per *Leg. 4. §. ult Leg. 5.* & *Leg. 6. §. 3. ff. de his, qui notant. infam.* sed, quoad tollendam pœnæ pecuniariæ obligationem, cum Gerardo Noodt *in Tract. de transact. crim. Cap. 5.* De præteritis licet; si privata sint, & ad privatam agatur satisfactionem.

interesse, puto: An criminaliter, num verò civiliter actum; nam (sic ille *cit. loc.*) etsi delicta nec sic (putà si criminaliter agatur) publica fiant crimina. *Leg. ult. ff. de furtis*; non tamen jam privata vertitur utilitas, sed hoc agitur (quod Paulus observat *Leg. 9. §. 5. ff. de publicanis*) ut publicæ vigor disciplinæ extra ordinem vindicetur. Quod, cùm ad exemplum spectet, id est, ad publicam utilitatem (uti optimè ostendit Triphonius *Leg. 31. ff Depositi* & præter hunc, Donatus ad Terentium *Eunuch. 55. Vers. 4.* cùm scribit: *Graves pœnæ, quæ possunt cæteris documento esse, exempla dicuntur*) apparet, pactum quale-cunque fiat de delictis, cùm ex his criminaliter agitur, nunquam valere: Quia legibus nulli conceditur de publicâ utilitate paciſci. Nec tamen (sic pergit idem) id eò pertinet, ut quis, nolens accusare, magìs accusare, quàm agere cogatur. Non enim ita est: Et clarè Imperat. Diocletianus, *invitus*, inquit, *agere vel accusare nemo cogatur. Leg. un. Cod. ut nem. invit. agere, vel accus. cogat.* sed huc spectat, ut pactum, si quod fiat, ne crimen accusetur, nullius momenti esse, intelligatur; scilicet, quia pacti de alienâ re facti, ab eo, cui non est paciscendi facultas, non

est

est probabilis causa. Potiùs turpis dicenda est: Præsertim si fiat pecuniâ datâ, aut promissâ, aut retentâ; quippe cùm jam manifesta corruptio sit. Procedit itaque Voëtii sententia in eo solùm casu, si civiliter agatur. Et quidnî procederet? Cùm sic de eo agatur, quod à mero dependet partium arbitrio: Nec tamen ita, ut etiam infamiam (ceu pœnam publicam, & hinc è privatorum commercio exemptam) evitet. *Leg. 4. §. ult. Leg. 5. & 6. §. 3. ff. de his qui notant. infam.* An igitur, transigens de delicto privato hanc quandocunque incurrat? Non ita: Fallit enim, quoties delictum de se non infamat: Fallit, quoties ex Imperio Prætoris transactum: Fallit denique si gratis ab actione sit recessum. Elegantissimè rem exprimit Noodius *Dict. Tract. Cap. 4.* igitur, inquit, nec semper cùm de delicto pactum sit, ea obtinet pœna. Nam si conveniat, *ne lege aquilia agatur*; nulla Reipub. indignatio est. Si enim ad actorem spectamus: „ Quam meretur infamiam, qui non de alieno, „ sed de suo Jure tollendo pactus est, non malo more? Sed nec reus infamiâ notatur; si „ precibus impetraverit, *ne ea Lege agatur.* Verùm finge, hoc pactum esse, pecuniâ datâ. An „

„ infa-

„ infamiæ erit? Forſan dices: Quia confeſſus vi-
„ detur. At ne damnatus quidem lege aquiliâ
„ infamis eſt: Quia non utique ob dolum malum,
„ & lædendi propoſitum eâ lege damnatur; ſed
„ ob damnum injuriâ datum: Id eſt, ob cul-
„ pam, vel leviſſimam *Leg 5. §. 1.* & *Leg. 44. ff.*
„ *ad Leg. aquil.* igitur ſi pactus ſit, quàmvis pre-
„ tio, ne lege Aquiliâ agatur: Quemadmodum
„ infamis erit? Ut enim maximè confiteri in-
„ telligatur, ſe damnum injuriâ dediſſe: Non
„ tamen ideo ſe id dolo malo dediſſe confiteri
„ exiſtimatur. Ita in Lege Aquiliâ. De actione
„ *furti, vi bonorum raptorum, injuriarum* & *de dolo*
„ *ac fraude*, videamus. Et ſi de his gratis pactum
„ conventum eſt; adhuc ſuaſit humanitas, ali-
„ quem veniæ locum relinqui. *Leg. 6. §. 3. ff. de*
„ *his, qui not. inf.* ſed quid ſi tranſactum ſit? Nul-
„ lâ quidem actor infamiâ punitur: Quæ enim
„ fuerit cauſa, puniendi eum, qui non peccavit;
„ &, ubi pecuniam ex tranſactione accepit, ſal-
„ tèm à ſuo Jure, nec malo exemplo receſſit? At
„ Reus Edicto Prætoris non evitat infamiæ no-
„ tam *Leg. 1.* & *Leg. 6. §. 3. ff. de his, qui not. inf.*
„ non quòd eo pacto non liberetur ab actione
„ [quidni enim liceat actori, vel parte conten-
tum „

tum esse) sed quòd pecuniam dans, *ne furti* „
conveniatur, furtum confiteri videtur. *Leg. 5. ff* „
eod. Tit. non enim creditur fuisse daturus pe. „
cuniam; nisi urgeretur conscientiâ commissi „
criminis *Leg. 18. Cod. eod.* igitur vix est, ut non „
habeatur improbus, qui, actorem in famoso „
corrumpens Judicio, rebus confitetur, se scien- „
tem, volentémque furto, aut injuriâ, aut simi- „
liter, humanam læsisse societatem; etsi ab acto- „
re, qui suo renuntiavit Juri, ampliùs conveniri „
privatâ actione nequeat. Et tamen si, Aucto- „
re Prætore, transigit, nondum infamem esse, „
Ulpianus observat *D. Leg. 6. §. 3. ff. eod.* At- „
qui & tum pactus est, datâ pecuniâ? Verùm, „
quia non ultrò pactus est; sed quòd oporteret „
eum, Prætoris Imperium sequi, â delicti con- „
fessione, parendi necessitate, excusatur. *Leg. 167.* „
§. 1. Leg. 199. ff. de Reg. Juris. „

LXXXIX. Si publica sint delicta, ulteriùs interesse, putant Architecti nostri: An sanguinis pœnam, num verò minorem quandam irrogent. Si posterius: Omni Jure prohibitam dicunt transactionem *Leg 18. Cod h t.* adeò ut, de his transigens, ex hoc solo, quod transegerit, pro convicto habeatur. *Leg. ult. ff. de prævaricat.* Excipiunt

Quoad transactionem de publicis delictis refertur aliorum opinio.

piunt crimen falſi per *Cit. Leg. 18. Cod. h. t.* Si prius, id eſt, ſi delicta ſanguinis pœnam irrogent: Tranſactionem valere autumant; viſum namque (ſic ajunt) ignoſcendum eſſe ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit. *D. Leg. 18. Cod. h. t. D. Leg. ult. ff. de præv.* & *Leg. 1. ff. de bon. eor. qui ante ſent. ſibi mort. conſ.* excipiunt & hìc raptum Virginis; eò ſaltèm, ut parentibus (non item aliis) cum raptore tranſigere ſit vetitum. *Arg. Novell. 143.* & *150.* excipiunt præterea adulterium, per *eand. Leg. 18. Cod. h. t.* videatur Voëtius pro his aſſertis ſtrenuè pugnans in *comment. ad ff. h. t. N. 17.*

Noſtra ſententia.

LXXXX. Sed, an bene? Id eſt, quod diſcutiemus. De delictis publicis tranſigi non poſſe, Theſis eſt, quæ omnibus placet. Et tranſigentem cenſeri confeſſum, ne unus quidem negat. Sic, quòd accuſatori nulla ex tranſactione acquiratur petitio, non diffitetur, niſi is, qui ignorat legem *9. Cod. de contrab. ſtipul. ſin autem* (ait Lex) *ob non inſtituendam accuſationem criminis, pecunia promiſſa ſit; cùm de hujuſmodi cauſis paciſci non liceat*, (negato autem pacto negatur tranſactio; cùm huic illud inſit) *petitio denegatur.* Imò tam accuſatorem quàm reum pœna manet; id,

id, quod evidentibus argumentis probat Noodius *eod. Tract. Cap. 7.* Atque in eo, quoties de delictis non capitalibus agitur, omnibus facilè convenit. Nisi quòd (ùt jam tum auditum) crimen falsi excipiant. Sed cur? Quàmvis (inquit Voëtius *Dict. N. 17. ff. h. t.*) verum sit, eos, qui de non capitalibus transactionem ineunt, eo ipso in falsi crimen posse incidere, exemplo eorum, qui ob dicendum, vel non dicendum testimonium pecuniam acceperunt *Leg. 1. §. 1. ff. ad Leg. Cornel. de falsf.* non tamen ea est sententia *Leg. 18. Cod. h. t.* (ex hâc Lege eruunt exceptum esse crimen falsi) quando dictat de aliis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt *transigere non licere, citra falsi accusationem:* Sed magìs illic *citra* æquipollet voculæ *præter*; adeóque exceptionem, restrictionémque Regulæ inducit. Quì probat? Aliunde [inquit] constat, de falsi crimine licitam fuisse transactionem *Leg. 7. Cod. ad Leg. Cornel. de falsf.* audiatur Legis tenor. *Ipse significas, cùm primùm adversarii instrumenta protulerunt, fidem eorum te habuisse suspectam. Factâ igitur transactione difficile est, ut is, qui provinciam regit, velut falsum, cui semel acquievisti, tibi accusare permittat.* Quæso! Quæ umbra illius, quod asse- De crimine falsi,

rit Author ? Nitebatur Heliodorus tranſactionem in proprium commodum expugnare ; &, hoc ut obtineret, inſtrumentum , cui acquieverat [non perſonam producentis] falſi arguere, laborabat. Non auditur ; audiendus tamen, ſi crimen falſi contra producentem in publico detulerit Judicio. Provocat Voëtius ad libros Baſilicorum, ex quorum *Lib. 11. Tit. 2. Leg. 35.* hæc excerpit : *In aliis verò, quæ ſanguinis pœnam non irrogant, tranſigere non licet ; excepto falſi crimine : Nam de falſi crimine , tametſi pœnam ſanguinis non irrogat , tranſigere licet.* Fateor textum eſſe apertiſſimum. Sed quæ Græculis fides, quæ authoritas ? *Interpolandi licentiam* [inquit Stryck. in addit. ad Tract. de Cautelis Contract. Pag. 701.] *longè arrogantiùs ſibi ſumpſere Græcanicæ Juriſprudentiæ Compilatores; quibus plerumque gaudio fuit, à Juſtiniano noſtro diſcedere , ac concinnatam ab ipſo Juriſprudentiam , alio ordine, reverà tamen tumultuario, meliore parte neglectâ, vel ſtudio caſtratâ, ſub ſpecie novi Corporis Baſilici, exhibere.*

LXXXXI. Habes , de delictis publicis, quæ ſanguinis pœnam non irrogant, nullam eſſe tranſactionem : Habes, malè excipi *crimen falſi.* Exploremus , quid veri ſubſit ſententiæ, ſuſti-

nenti,

nenti, quòd de delictis capitalibus (id est, quæ sanguinis pœnam inferunt) transigere liceat. Provocant hujus *Patroni*, ad notissimam Legem *18. Cod. h. t.* cujus huc adduco verba: *Transigere, vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citrà falsi accusationem.* Provocant deinde ad *Leg. ult. ff. de prævaricat.* quæ sic: *In omnibus causis, præterquam in sanguine, qui delatorem corrupit, ex Senatus-Consulto pro victo habetur.* Provocant tandem *ad Leg. 1. ff. de bon. eor. qui ante sent. sibi mort. consciv.* ita ajentem: *In capitalibus criminibus à Principibus decretum est, non nocere ei, qui adversarium corrupit: Sed in his demum, quæ pœnam mortis continent; nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum, qualiter qualiter, redemptum voluit.* Sed ùt ùt cupiam, communi huic, ac vix non omnium opinioni subscribere; id tamen à me impetrare hactenus non potui: Neque enim video, quid sit, quòd de delictis publicis, quæ societatem minùs turbant, ac propterea sanguinis pœnam non ingerunt, vetetur transactio; de iis verò, quæ Rempubl. periculosiùs flagellant, permittatur. Indulgetur hoc (inquis)

An possit transigi de criminibus publicis, pœnam sanguinis irrogantibus.

redemptioni ſanguinis; An igitur hunc, & per corruptionem quidem accuſatoris, redimi velint Leges? Non volunt; ſed in expiationem criminis effundi cupiunt. Poteſt, nullo exiſtente, & quovis deſiſtente Accuſatore, Inquiſitione uti Magiſtratus; ne delicta (capitalia, non capitalia) maneant impunita. Et quis credat, noxio huic putridóque ſanguini communem omnium poſtponi ſalutem? Leges (ais) ita clamant. Non clamant; ſed hoc (ut rem capias) duntaxat dicunt, eum ſcilicet, qui de crimine, ſanguinis pœnam irrogante, cum accuſatore tranſegerit, non, ùt in aliis delictis, ſanguini parcentibus, *victum* haberi. Tranſigens leviores culpas, per hoc, quòd tranſigat, confiteri cenſebatur: Non item graviores, ſanguinis profuſionem exigentes. Horum enim, ut convictus haberetur, probationes (ſic Pragmaticis loqui placet) luce meridianâ clariores requiruntur. At adulterium (ſic inſtas) excipitur; manifeſto argumento, quòd de reliquis aliud ſit dicendum. Sed quid, ſi oſtendero, verba; *Excepto adulterio:* Spurium eſſe partum, ac *Leg. 18. Cod. h. t.* ab indoctâ manu ſuppoſitum? Ita eſt: Nam ne volam quidem indicaveris, quâ probes, ante Conſtantini tempo-

ra in adulteros gladii pœnam, Lege quâdam, esse statutam; licèt præter ordinem ita quandoque in hoc crimen animadversum esse, non diffitear. Si hoc: Quî dici igitur poterit, adulterium jam tum Diocletiani & Maximiani ætate (horum enim est *Lex 18. Cod. h. t.*) inter delicta sanguinis pœnam ingerentia, fuisse relatum? In eo peccatum est: Interpolator (quisquis ille fuerit) *Lege 10. Cod. ad Leg. Jul. de adult.* seductus, incautam Legi *18. Cod. h. t.* admovit manum; ac inspergendo verba: *Excepto adulterio:* Effecit, ut crediderint viri, etiam acutissimi, aliud de adulterio, aliud de reliquis criminibus capitalibus esse sentiendum. Benè itaque in *dictâ Lege 10. Cod. ad Leg. Jul. de adult.* prohibetur transactio de adulterio; cùm pœna ejus nondum fuerit capitalis. Malè autem hæc transactionis prohibitio translata in *Legem 18. Cod. h. t.* atque ita adulterii crimen inter delicta, sanguinis pœnam irrogantia, est relatum. Ex quo id conficitur, ut dicamus, de adulterio, postquam in illud sanguinis pœnâ animadverti cœptum, sicut de reliquis capitalibus, transigi licere; ita scilicet, ut transigens non habeatur convictus; quod, quando gladio nondum puniebatur, secus erat. Eandem passa est corruptelam

Lex

ex 9. eod. Tit. Cod. ad Leg Jul. de adu't. de quâ videatur Noodius *Dict. Tract. Cap. 16.* Hactenus de primâ, quam adversarii statuunt, exceptione.

Malè à Regulâ excipitur crimen raptûs.

LXXXXII. Altera erat in crimine raptûs. Sed certè neque hæc meliore Jure fundata est. Statuit (fateor) Imperator noster in *leg un. §. 2. Cod. de raptu Virg. parentes (quorum maximè vindicta interest) si raptoribus filiarum patientiam præbuerint, ac dolorem remiserint, deportatione esse plectendos*; sed quid inde? Nimiùm sanè, ideoque (quod sequi, necesse est) nihil probat: Evincitur enim ex hâc Lege, quòd ne gratis quidem liceat omittere accusationem. Hoc verò an sustineri possit, viderint adversarii. Adhæc non quæritur, an accusator de capitali crimine transigere possit; sed an reo permittatur. Posterius hoc sensu concessimus, ut per solam transactionem non habeatur victus. Prius adeo non concessimus, neque hìc concedimus; ut dicamus potiùs accusatorem transigendo se pœnæ obnoxium reddere: Transigeret enim de re non suâ, sed de Jure Reipubl. inque hujus perniciem.

Malè etiam crimen perduellionis.

LXXXXIII. Addunt alii tertiam exceptionem in crimine perduellionis. Sed neque hæc in legibus fundata: Quàmvis enim *lex 5. §. 6. Cod.*

ad

ad Leg. Jul. Majeſt. dicat, *id, quod de perduellibus cautum, etiam de conſciis ſimili ſeveritate cenſeri*; ex eo tamen plus non conficitur, quàm illi, qui velaccuſavit, vel crimen, quia illius habet conſcientiam, ad judicem deferre poteſt, tranſigere non licere. Hoc ſolum igitur in præſente crimine eſt peculiare, quod quomodocunque ſciens nequidem gratis omittere poſſit, vel accuſationem vel denunciationem.

LXXXXIV. Unum adhuc, quod lucem præcedentibus affert, ſubnectendum: Quid ſit, quòd accuſator, tranſactione initâ, contra reum non audiatur ampliùs. Sunt enim, qui ex eo validam utrimque aſſerunt tranſactionem. Sed non ideo hoc fit (inquit acutiſſimus Noodius *cod. Tract. Cap. 10.*) quòd eum reus pacti exceptione repellit. Habet ea res cauſam longè aliam, nec ab Edicto Prætoris, ejúſve exemplo proficiſcentem, ſed ab infamiâ, quâ eum, qui citra veniam abolitionis, publici Judicii quæſtionem deſeruit, ex Turpiliano SCto notari, (exemplo ejus, qui calumniæ causâ Judicio publico damnatus ſit) Papinianus obſervat *Leg. 7. §. 3. ff. de decurionib.* Eam igitur ob cauſam hæc ei pœna imponitur, ne accuſet: Perinde quaſi indignus eâ

Quare poſt tranſactionem accuſare non liceat?

libertate sit, qui legem prodidit. Id Paulus indigitat, *Lib. sing. de pœnis omnium legum*, sequentibus verbis: *Qui destiterit agere, amplius accusare prohibetur. Leg. 2. ff. ad S. C. Turpil.* Venulejus quoque Saturninus probat *Leg. 5. ff. de prævaricat. Accusator*, inquiens, *in prævaricatione convictus, postea ex Lege non accusat.* Venulejo accedit Macer *Leg. 8. ff. de accusat.* Cùm ait, *alios* (prohiberi accusare) *propter turpem quæstum; ut qui duo Judicia adversùs duos reos subscripta habent, nummósve ad accusandum, vel non accusandum acceperint.* Atque hoc non tantùm in capitalibus criminibus Jus est; sed in his quoque, quæ non sunt capitalia. Utique de adulterio Ulpianus (hujus ætate adulterium nondum ingerebat sanguinis pœnam) *Leg. 2. §. 1. ff. ad Leg. Jul. de adult. marito* (inquit) *Jure mariti accusanti, illa præscripto objicitur, si legem prodidisse dicatur, ob hoc, quòd aggressus accusationem adulterii destitit.* Hactenus elegantissimus Author.

LXXXXV. An quid horum, vel recentioribus Imperii Legibus vel moribus sit mutatum? Sic puto: Transactionem enim, quam vocant pro redimendâ vexâ, moribus esse introductam, negare non licet. Est autem duplex: vel interaccusatorem

Quid moribus obtineat?

&

& reum, vel hunc inter & Judicem initur; quando delictum adeo eſt occultum, ut inquiri in illud ſatìs non poſſit. Sed quid de utriuſque ſpeciei æquitate? Poſteriorem eliminandam dicit Stryck. *in uſu mod. pand. tit. de tranſ.* §. *20.* eò quòd per hanc (ùt ait Author) vel nocens à merito liberetur ſupplicio, vel innocens ad pœnam exſolvendam compellatur. Optimè ſanè: Quoties enim delicti veritas haberi poteſt, plectendus nocens; neque mitior ſit Lege Judex. Quoties verò erui non poteſt, pro innocentiâ pronunciandum; neque metu tædioſæ inquiſitionis, aut continuandi carceris, quis ad redimendam libertatem eſt compellendus. Quod tamen ita intelligimus, ut, ſi gravia contra reum urgerent indicia, nondum purgata; eo caſu extra ordinem ſaltèm eſſet mulctandus. Quoad priorem ſpeciem nihil decidit ibidem Stryckius. Quid nos? Tolerandam judicamus; quemadmodum enim aliàs tranſigens in delictis, pœnam ſanguinis non irrogantibus, ideo victus habetur; quia (ùt dictum ſuprà) confiteri cenſetur: Ita dici hoc non poteſt; ubi reus confeſſionis ſuſpicionem, vel conjecturam à ſe removet; dicendo, ſe non aliter, quàm, ut vexam redimat, in tranſactionem

consentire. Socordes tamen, obveniente casu, se non exhibeant judices; sed eò vivaciùs in delictum, ut & Reipubl. fiat satìs, inquirant.

An possit transigi de stupro, an de criminibus personarum conjunctarum?

LXXXXVI. Reliqua, quæ moribus obtineant, cùm in transactione, tum gratuitâ delictorum remissione; vide apud eund. Stryck. *Cit. Tit. §. 12. & sequent.*

LXXXXVII. Ex dictis autem facilè colliges, quàm sine fructu quærant Authores nostri: An sicut de adulterio, ita etiam de stupro transigere sit prohibitum. Item: An liceat de conjunctarum personarum criminibus impunè transigere. Si enim (ut ad posterius primo loco respondeam) ipse is, qui crimen patrasse arguitur, transigendo fateri non censeatur; quî fiet, ut v.gr. Pater in damnum filii, si pro eo transigat, falsus dicatur? Quoad adulterium verò, si sanguinis pœnam ingerat, quemadmodum concessimus transactionem: Ita & concedimus in stupro, si sit violentum, adeóque delictum capitale. Aliàs in simplice negamus: Uti in adulterio, ubi ejus pœna non est capitalis.

LXXXXVIII. Capitalia verò crimina (quod pro coronide hujus capitis monendum erat) hìc loci non accipias ea, quæ quodcunque

caput

caput (putà civile) minuunt; ſed illa, quæ naturale: Id eſt, quæ (ùt dictum) ſanguinis pœnam ingerunt, ut vita adimatur; quod facilè intelleXeris ex iis, quæ ſuprà ſunt diſputata prolixiùs.

CAPUT VI.

De tranſactionis effectu.

LXXXXIX. ESt ea tranſactionis vis, ſeu indoles, quòd litem, ſive motam, ſive movendam, dirimat; habeátque eandem inter tranſigentes virtutem, quam res judicata, vel Jusjurandum habere ſolet. *Non minorem* (inquit) *Lex 20. Cod. h. t.*) *authoritatem tranſactionum, quàm rerum judicatarum eſſe, rectâ ratione placuit: Siquidem nihil ita fidei congruit humanæ, quàm ea, quæ placuerunt, cuſtodiri.* Jungatur Lex 2. *ff. de jurejur.* cùm verò omnis tranſactio (quod per ſe clarum) involvat renunciationem quandam; debet etiam, ad normam hujus, ſtrictè capi. Unde, ad futura negotia eam non extendi, cum communi aliorum, rectè notat Brunnem. *ad Leg. 9. ff. h. t.* neque ad non cogitata; ùt colligitur ex *Leg. 12. ff. h. t.* ſuprà citatâ. Et quanquàm juxta ea, quæ N. 22. diximus, generaliter de iis, quæ ex geſtâ tutelâ, vel curatelâ, petuntur vel à Tutore, vel Curatore,

Tranſactio eſt ſtrictè accipienda.

transigi possit; si tamen de certâ quantitate, velut residuâ, actum sit, & pòst appareat major; petitio excedentis summæ non censetur remissa, *Leg. 9. §. 1. & 3. ff. h. t. Leg. 3. eod.* imò si inter cohæredes transactum de hæreditate dividendâ, hæcque divisa sit; postea verò appareat res quædam, per cohæredem occultata; actio ad petendam hujus divisionem reliquis non est deneganda. *Leg. 35. ff. de pact.* Ex eâdem ratione docet Menoch *Lib. 3. præsum. 114.* quòd, si inter vulnerantem, & vulneratum, per transactionem, reddita sit animorum conciliatio; integra maneat ad repetendas expensus, & reliquum, si quod sit, damnum, actio. Quam sententiam etiam amplectitur Mynsing. *Cent. 4. Obs. 10.* quanquàm ego, voluntatis esse quæstionem, & quid actum sit, videndum esse, putem. Hoc largior, quòd, si inter fratres, mutuo fideicommisso gravatos, divisio hæreditatis, hâc prævia transactionis Lege, sit facta, ut bona cujuscunque sint propria, nemóque divisioni obstrepat; fideicommissi (ùt ùt simplicis) qualitas tamen non sit extincta: Aliud enim est dividere, aliud fideicommisso renunciare. *Leg. 77. §. 18. ff. de Legat. 1.* imò filia transigens de inofficioso testamento cum hæredibus in eo Scriptis, adjiciens-

que

que ſtipulationem, ſe contra tranſactionis placita nihil operaturam, non patietur rei tranſactæ exceptionem; ſi poſtea deprehenderit, teſtamentum laborare vitio nullitatis; ſicque ad hujus declarationem egerit. *Leg. 135, §. 4. ff. de Verb. Obligat.*

C. Ex quo principio & hoc fluit, quòd tranſactio non noceat, niſi tranſigentibus. Quanquàm & alia accedat ratio; quòd nempe tranſigentes nec voluerint, nec (ùt ùt vel maximè voluiſſent) potuerint alios, à ſe planè diverſos, obligare; cùm res, inter alios acta, aliis neque proſit, neque obſit *Tot. Tit. Cod. inter alios acta aliis non nocere.* Et obligatio non cadat, niſi in volentes, ac conſentientes; prout vulgus novit. Unde, referente Voëtio *ad ff. h. t. N. 22.* optimè à Juris-Conſultis Hollandiæ reſponſum, tranſactionem unius ſocii, vel cohæredis, non præjudicare cæteris, eam non mandantibus, ratámve habentibus; nec tranſigentem, ſi de rato non caverit, ultra ſuam partem tranſactam ſtare, cogendum; nec ad id, quod intereſt, reliquos non ſtetiſſe, obſtringi. Sic etiam, docente eodem Voëtio *Dicto N. 22.* ſi inter teſtamentarium, & legitimum hæredem contentio ſit de validitate teſtamenti (ſive illud inofficioſum, ſive non Jure factum, ſive falſum,

Tranſactio non nocet non tranſigentibus.

Neque cohæredibus aut ſociis.

Nec Legatariis.

aut

aut alio quocunque modo inutile dicatur) & transactione ita ab illâ discedatur controversiâ, ut, vi transactionis, habeat partem hæreditatis testamento scriptus, partem legitimus; transactione tali Legatariis non præjudicatur. Modò hi probent, testamentum valere; ut verum fiat, quod dicitur *in Leg. 29. §. 2. ff de inoff. testam.* non obstante transactione, *testamentum in suo Jure manere.* Nec obest *Lex 8. §. penult. eod. Tit. de inoff. testam.* ubi dicitur: *Si ex causa inofficiosi cognoverit Judex, & pronunciaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum ---- libertates ipso Jure non valent, nec legata debentur.* Quàmvis enim rei judicatæ [ut vidimus] aliàs æquivaleat transactio; fallit tamen, quoad præsens, in eo, quòd Legatarii [ùt habet Lex *5. §. 1. ff. de appellat.*] sententiâ cognitâ causam appellationis agere possint: Dum contrà, si transactio valeret, omni essent destituti auxilio. Idem dicimus de debitore, qui circa rem oppignoratam, cum tertio, transigit: Nam ùt ùt obstet creditori sententia, contra debitorem lata *Leg. 11. ff. de except. rei judicat.* non tamen oberit transactio. Cave proinde, ne dixeris, eidem obstare rei transactæ exceptionem; cui obstat exceptio rei judicatæ: Hæc enim quandam culpæ speciem invenit

nit

nit in eo, cui opponitur; illa non inveniret: Ut ex dictis palàm eſt, Minùs nocebit tranſactio, teſtamentarium inter & legitimum hæredem inita, creditoribus hæreditariis; cùm horum Jus, ne vel in minimo, à teſtamenti dependeat valore. His itaque integrum eſt, agere contra teſtamentarium; ſi teſtamenti probaverint validitatem. Agent contra legitimum; ſi nullitatem teſtamenti demonſtraverint. Si verò nec hanc, nec illam probare voluerint, conſilio Scævolæ *in Leg. 14. ff. h. t*, uti, adeóque contra utrumq pro ratâ agere poterunt.

Nec creditoribus hæreditariis.

CI. Dixi *num. Præced.* tranſigentes *non poſſe alios à ſe diverſos* obligare. Hinc à ſenſu contrario nocet defuncti tranſactio hæredi: Nocet Dominus Procuratori; & viciſſim, ſi hic habeat mandatum ſpeciale, vel cum liberâ: Nocet actor [ſubintellige, ſi etiam mandatum habet] Municipio: Nocet Curator furioſo & minorenni: Nocet tutor pupillo; &, regulariter, pater filio-familias; cùm, in ſenſu Juris, non ſint diverſæ, ſed eædem perſonæ *Arg. Leg. 11. §. 7. & 8. ff. de Except. rei Jud.* de quibus ſupra Cap. 3*tio* actum.

Quibus noceat tranſactio.

CII. An idem obtineat in ſucceſſore dignitatis, beneficii, vel officii; quoad res E.G. ad beneficium ſpectantes; videndum hoc loco. Diſtinguendum

An ſucceſſor in officio ligetur tranſactione anteceſſoris.

esse, putat Schmier ad *Decret. h. t, N. 62. & seq.* an præjudicium successivum ex tali transactione sentiat successor; num verò instantaneum duntaxat, seu non successivum. Priore casu non stringi, asserit per *Cap. 5. & Cap 8. x. h. t.* hanc addens rationem: Quia successor in beneficio non habet titulum ab antecessore: Sicut hæres titulum, & omnia Jura à defuncto consequitur; ut verum hìc fiat, rem, inter alios actam, aliis non præjudicare. Nisi [sic excipit *primò*] transactio superioris authoritate sit confirmata: Quam exceptionem cùm per textus, & quidem in *Cap. 2. & Dict. Cap. 8. x h. t.* tum per rationem probat: Tunc enim (inquit) non tam antecessor, quàm ipsa Ecclesia transigere, & in perpetuum se obligare, censetur. Excipit *secundò*: Nisi transactio à Prælato, suæ dignitatis nomine, quæ nunquam moritur, ex officio interponatur; in cujus confirmationem multas addensat Authoritates, subnectitque rationes has: Quia, si Prælatus, in dignitate sæculari, vel Ecclesiasticâ constitutus, desiderat acta sua à successoribus observari; æquum est, ut suorum antecessorum mandatis, & decretis venerationem præstet, ac custodiam. Hæc enimsi negligat, similiter dat successoribus materiam, dissolvendi gesta per se; cum

non

non modico publicæ tranquillitatis dispendio. Posteriore verò casu, quando scilicet transactio non continet gravamen quoddam successivum; veluti (ut ille loquitur) si quid legitimè alienetur, obligari, dicit, successorem; cùm dominium in alterum, in quem res alienatur, statim transferatur, ideóque eidem non ampliùs aufferri possit. Ita Cl. Author. Verum ad normam eorum, quæ suprà N. 23. uberiore calamo tractavimus, meliùs dicitur, quòd, quanta est facultas alienandi, tanta sit facultas transigendi; adeo ut, si illa sit cum, vel absque limite, & hæc dicatur talis.

CIII. Si itaque de re, de quâ transactum, certò constet, hæc erit præstanda. Sed quid si vel nolit, vel non possit reus; quid agendum? De Jure Romano diversus transigendi modus, diversa suppeditabat actori remedia. Quoties enim transactio nudo pacto inibatur: Toties non nisi exceptionem generabat. Quod si verò stipulatione simplice firmabatur: Actio dabatur ex stipulatu. Si rei traditione (quæ propriè est transactio) saltèm ex unâ parte, complebatur: Actio oriebatur, quam vocant, præscriptis verbis. Si denique accedebat Aquiliana stipulatio, subsecuta acceptilatione; actori dabatur condictio causâ

Quænam & quales ex transactione oriatur actio.

datâ, causâ non secutâ; non directa ob *Leg. 4. Cod. de transact.* sed utilis ad actionem remissam denuò instaurandam. Quæ omnia colliges ex *Leg. 28. ff. h. t. & Leg. 6. Cod. eod. Tit.* jungatur omnino *Lex 4. ff. causâ datâ.*

CIV. Cùm verò ea (ùt suo loco jam tum monui) vel ideo in foris Germaniæ nostræ nullam habeant utilitatem: Cùm pacta etiam, de moribus, efficacem producant actionem; missas facio Romanas, quas suprà vocavi, scrupulositates; de eo certus, quòd, sive transactio in terminis pacti subsistat, sive implementum ex alterutrâ parte accesserit, actio nata sit efficax. Hanc verò utrùm *conditionem ex moribus* compellare, an *actionem præscriptis verbis* dicere malis; vix ullo discrimine habebo: Præsertim cùm ne Jure quidem Romano pœnitentiæ fuerit locus; id quod superiùs etiam monitum. Si tamen rigorosè loqui placeat; dic ex transactione, solo pacto initâ, non nasci, *nisi conditionem ex moribus*: Cùm hanc pacta generent. Nisi forte præplaceat sententia, sustinens, pactis ex Jure Canonico datam esse vim producendi actionem: Hoc enim suppositio, aptiùs dixeris, transactionem gignere *conditionem ex Cap. 1. x. de pact.* Si verò implementum ex alte-

alterutrâ [ut dixi] parte accesserit; *actio præscriptis verbis* habebit locum.

CV. Hinc etiam inane erit, monuisse, quod, si transactio in pacti terminis subsistat, adeóque solam exceptionem, non verò actionem producat, actor ad primævam actionem (quoties scilicet reus promissa adimplere recusat) redire teneatur; ita tamen, ùt, si reus exceptionem transactionis opponat, hæc doli replicatione elidi possit, per *Dict. Leg.* 28. *Cod. h. t.* vacuæ enim sunt hæ ambages; dum [ùt audiisti] transactio, utcunque inita, efficacius suppeditat remedium.

CVI. Actor proinde, ùt ùt refractarius sit reus, à transactione aliter recedere, & ad priorem actionem redire non poterit; nisi hic [reus scilicet] se declaret, quòd transactione stare nolit; & hoc actor acceptaverit: Quemadmodum id in aliis contractibus, pœnitentiam non admittentibus, notissimum est. Unde & vanè inter *Wesenb.* & *Bachovium* disceptatur, quousque reus promissa, hoc effectu, possit offerre, ne actori ad pristinam actionem concedatur regressus: Siquidem regredi [loquor de moribus] non poterit; nisi mutuo consensu à transactione recesserint; quod dictum.

CVII. Hinc eſt, quòd [ùt tradit Brunnemannùs ad *Leg. 14. Cod. h. t.* & Mevius *P. 1. deciſ. 126.*] ſi una pars, tranſactionem ſervare nolle, ſe declaret; in alterius partis ſit arbitrio, an nolenti exceptionem tranſactionis opponere, num verò, acceptatâ iſthâc declaratione, ex tranſactione accepta ab eo exigere malit, ut omnia, priuſquàm litis fiat conteſtatio, reſtituat.

CVIII. Aliàs diſcrimen non facio, utrùm tranſigens ad præſtationem rei, vel facti, hujúſque ſive ſimplicis, ſive [ut authoribus loqui placet] prægnantis, ſit obſtrictus: Quidquid enim debet, illud verè, & non æquivalenter [niſi actori hoc placuerit] eſt præſtandum. Siquidem in eâ non ſum hæreſi; ut credam, ad præſtationem facti ſimplicis neminem poſſe compelli. Contrarium ùt placet Cujacio ad *Leg. 72. ff de verb. obligat.* Coraſio 2. *Miſcell.* 3. & aliis: ita mihi.

CIX. Id quæri etiam ſolet; an, ſi præſtationi certa ſit deſtinata dies, hâcque non adimpleatur id, quod præſtandum; moram purgare, reo adhuc liceat; num vero actori, ad Jura priſtina redire, fas ſit? Poſterius Widmondo placet *ff. h. t. N. 39.* flectitur autem in hanc ſententiam per *Leg. 23. ff. de obligat. & act.* quæ ſic habet;

habet: *Trajectitiæ pecuniæ nomine, ſi ad diem ſoluta non eſſet, pœna (ut adſolet) ob operas ejus, qui eam pecuniam peteret, in ſtipulationem erat deducta: Is, qui eam pecuniam petebat, parte exactâ, petere deſiterat: Deinde, interpoſito tempore, interpellare, inſtituerat. Conſultus reſpondit, ejus quoque temporis, quo interpellatus non erat, pœnam peti poſſe; ampliùs etiam, ſi omnino interpellatus non eſſet: Nec aliter non committi ſtipulationem, quàm ſi per debitorem non ſtetiſſet, quominùs ſolveret: Alioquin dicendum eſt, ſi is, qui interpellare cœpiſſet, valetudine impeditus interpellare deſiiſſet, pœnam non committi.* Hic Legis tenor. Sed quid ad rem? Nihil. Loquitur Lex de pœnâ, in ſtipulationem deductâ, ſi pecunia trajectitia ſtatutâ die non ſolvatur; nos quærimus: Utrùm tranſactio enervetur, ſi quid eo die, quo erat præſtandum, non præſtetur; licèt pœna nullitatis, ſeu pactum Legis commiſſoriæ non ſit adjectum: De cujus controverſiæ argumento ne vel veſtigium deprehendes in eâ Lege. Nulla igitur ratio aſſentiendi huic Authori. Sed quia hæc quæſtio alibi fuſiùs explicari ſolet; tollo manum.

CX. Reliquum eſt, ut vexatam, ſimul & vexantem, quæſtionem: An tranſactio ſit titulus

An tranſactio ſit titulus dominii tranſlativus?

tulus

tulus dominii translativus ; discutiamus. Hoc certum, quòd, si possessor rei controversæ, moventi litem, ut ab eâ desistat, rem aliam (mobilem, immobilem) tradiderit, eo ipso hujus dominium, vel saltèm (si tradens non fuerit dominus) usucapiendi occasionem transferat ; per *Leg. 8. Cod. de usucap. pro Empt.* Non minùs certum, quòd, si possessor ipsam rem controversam [sive totam sive pro parte] in eum, qui litem movet, aliquo accepto, vel retento, transferat ; dominium, aut usucapiendi facultas comitetur per *eand. Leg. 8. Cod. eod.* In eo igitur solo difficultas est : An, si actor, aliquo accepto, rem, in dubium vocatam, penes reum relinquat ; huic [reo putà] dominium aut usucapiendi occasio, acquiratur. Negat Glossa ad *Cit. Leg. 8. Cod. de usucap. pro empt.* Negat Bartolus ad *eand leg.* Negat Jason ad *leg. fin. cod. de jure emphyt. n. 122.* Negant plures alii ; ac pro hâc opinione sic arguunt : Actor, rem controversam apud reum relinquens, nil aliud agit, quàm quod, aliquo accepto, à lite desistat : Neque reus hanc rem aliter retinet, quàm ut sibi jam ante propriam ; non verò quasi ab actore primùm acquisitam. Confirmant hoc per *Leg. 28. Cod. h. t.* quam suprà *n. 11.* unà cum subnexâ ejus specie,

Rationes negantium.

ſpecie, integrè adductam habes: Quemadmodum enim in hac lege actori, nil officiente tranſactione, indulgetur rei vindicatio: Ita non poteſt non inde concludi, per tranſactionem non eſſe translatum dominium; cùm non niſi dominus rem vindicet *Leg. 23. ff. de rei vind* Addunt, actorem non obligari ad præſtandam evictionem, ſi res, per tranſactionem relicta apud reum, à tertio vindicetur *Leg. 33. Cod. h. t.* manifeſto (ſic ajunt) argumento, de dominii tranlatione nihil actum eſſe. Imò (ſic pergunt) ſi quis ſtatûs quæſtionem moverit alteri, & apud acta cauſæ renunciaverit; ad ingenuitatis probationem nec nocere quicquam, nec prodeſſe, dicitur *in Leg. 7. Cod. de ingen. manumit.* neque igitur (ſic inferunt) is, qui tranſigendo cauſæ renunciat, ad probationem dominii vel nocere, vel prodeſſe poterit; ſed reo, penes quem res controverſa eſt relicta, exceptionem pacti duntaxat, aut tranſactionis ſuppeditabit.

CX. Affirmant contrà pragmatici, tranſactionem eſſe titulum dominii translativum; ideóque, ſi, deſiſtens à lite, non fuerit dominus rei, hactenus controverſæ, dari ſaltem occaſionem uſucapiendi. Atque ita docet, poſt alios plures, Affirmantium fundamenta.

plures, Brunnemannus ad *Leg. 1. & 3. N. 2. ff. pro Empt.* quem ſequimur. Neque difficultatem habet ſententia hæc, quoad Germaniæ mores; cùm (ùt dictum ſæpiùs) pacta hodiedum non nudam generent exceptionem; ſed actionem producant, tollántque: Atque ita (quod inde ſequitur) rei vindicationem perimant. Et miror (ut de Jure Romano loquamur) viros, alioquin perſpicaciſſimos, in eum incidiſſe errorem; ut crediderint, ex tranſactione non niſi exceptionem, nequaquam verò actionem, oriri: Quis enim (quæſo!) contractus innominatus eſt, qui nudam duntaxat generet exceptionem? Sanè nullus. Dum proinde ſuprà evictum ſatis, tranſactionem non nudum eſſe pactum, ſed verum contractum, ac talem quidem, qui novationem involvat: Sequitur apertè, perimi rei vindicationem, ab eo remiſſam, qui, accepto aliquo, â lite deſtitit.

CXI. Neque moramur ea, quæ in contrarium ſunt obmota; dum (ùt cit. *N. 11.* indigitatum) Lex *28. Cod. h. t.* non *tranſactionis*, ſed *pacti de tranſigendo* vim, & efficaciam examinat. Reliqua, cùm (ùt quivis facilè advertet) nimis ſunt bona; temporis pretium non merentur.

CAP. VII.

CAPUT VII.

De contrariis transactionis.

CXII. TAnta transactioni vis tribuitur in *Leg. 16. Cod. h. t.* ut causæ finitæ ne Imperiali quidem rescripto dicantur resuscitandæ. Quemadmodum verò sinè exceptione vix regulam deprehendes: Ita & in hâc materiâ occurrunt, quæ transactionis adversantur valori; de quibus hic videndum.

CXIII Adversatur dolus: Non quivis; sed is, quem *in animo* vocant. Eleganter Noodius *Dict. Tract. de pact. & transact. Cap. 15.* „ non igitur (inquit) servat prætor pacta dolo malo „ facta. Pone (quod est exemplum *Leg. 9. §. 2.* „ *ff. de transact.*) hæres cum hærede transegit; „ cum ignoraret universa, quæ in vero erant; nec „ tamen simpliciter, sed per fallaciam cohæredis, „ plurima, ut videtur, ex hæreditate antè amoventis, aut celantis. Deinde, facto transactionis „ instrumento, apparent surrepta, aut celata. An „ servanda est transactio? Absit. Atqui prætor ait, „ pacta conventa servabo. Sit ita; cùm est pactum conventum: Sed, ut Ulpianus ait, in proposito hæres non tam pactus, quàm deceptus „ videtur.

„ videtur. Improbat igitur (ſic paulò poſt per-
„ git idem Author) pacta conventa dolo malo
„ facta. An & fraudandi causâ facta? Sed ni-
„ hil prætor adjicit. Verum Ulpianus *Leg. 7. §. 10. ff de pact* ait, eleganter obſervaſſe Labeonem,
„ hoc aut iniquè, aut ſupervacuè quæri. Nem-
„ pe fraus eſt damnum vel adverſarii conſilio,
„ vel rei eventu illatum. Priore caſu ſupervacu
„ quæſtio, an prætor ſervet pactum: Quia eſt do
„ lo malo factum; atque, ùt Ulpianus ait, dolo
„ & fraus ineſt: Id eſt, fraus eſt eadem dolo.
„ Poſteriore caſu iniquè quæritur, an oporteat
„ ſervari pactum: Quia non adverſarii conſi-
„ lium, & mala fides fraudi cauſam præbet;
„ ſed rei eventus. Nec patitur ratio, ut creditori
„ detur regreſſus ad actionem, quam volens re-
„ miſit, nullo circumventus debitoris dolo ma-
„ lo. Servat igitur prætor pactum, bonâ fide
„ factum; etſi alteri paciſcentium ſit fraudi: Id
„ eſt damno: Quia nil eſt, quòd accuſet al-
„ terius induſtriam, ſed ſuam imprudentiam.
Sanè ſi, quæ tranſactione placuerunt, ob inſtrumenta noviter reperta retractari non debeant *Leg. 19. & Leg. 29. Cod. h. t.* imò ne ex eo quidem, quòd poſteà probetur, nullam tranſigendi ſub-

fuiſſe

fuisse causam, & indebitum fuisse, de quo transactum est: Quia cùm lis fuerit, vel imminuerit, hoc ipsum, quod à lite discedatur, causa esse videtur *Leg. 65. §. 1 ff. de Condict indeb.* & *Leg. 23. Cod. h. t.* neque dolus, quem *in re* vocant, oberit transactioni.

CXIV. Adversatur metus: Neque etiam quivis; sed gravis, injustè, & in ordine ad extorquendam transactionem incussus. *Interpositas* [inquit Lex *13 Cod. h. t.*] *metûs causâ transactiones, ratas non haberi, edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea, quæ consensu terminata sunt, sufficit: Sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.*

CXV. Sed utrum transactio, ægrotum inter & medicum inita, subsistat; de eo disceptatur inter Authores nostros. Quotquot ex *Leg. 3. ff. de extraord. cognit.* cum Zoëlio sustinent, non valere pactum medici cum ægroto; non possunt non, si doctrinæ constantiam servare velint, hìc idem dicere. Quia verò *Dicta Lex* de casu prorsus extraordinario loquitur: Contrà *Lex 27. Cod. h. t.* generaliter dicat, manifestum esse, quòd sanus mente, licèt æger corpore, rectè transigat; neque medicum excipiat: Dicendum, valere hanc transactionem;

ex regulâ hâc generali, quòd, quæ ſpecialiter adempta non ſunt, conceſſa cenſeantur.

CXVI. An verò tranſactio eo in caſu, quo dolo, metúve extorta, ſit ipſo Jure nulla, vel reſcindibilis duntaxat; quæſtio eſt, quæ ad materiam contractuum in genere ſpectat. Dico, tranſactionem, ſive bonæ fidei, ſive ſtricti Juris contractum aſſeras, non eſſe ipſo Jure nullam; ſed ad lubitum ejus, qui metu, dolóve inductus, eſſe reſcindibilem: Huic enim ſoli, non alteri vim inferenti, ſuccurrere volunt Jura. Succurrerent autem toties, quoties decepto intereſſet contractum ſervari; idque colligitur ex Lege *13. Cod. h. t. N. 114. citatá,*

CXVII. Ex his, quæ N. 113. ſtatuimus, ſequitur, tranſactionem, modò abſit adverſarii dolus, & calumnia, ſicque bonâ fide initam, ne ob enormiſſimam læſionem quidem reſcindi; id quod, præter adducta, apertè habet *Lex 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* & quid aliud vult Paulus Juris Conſultus in *Leg. 65. §. 1. ff. de condict. indeb.* quando dicit: *Et quidem, quod tranſactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur?* Quid aliud Lex *23. Cod. h. t.?* Quid aliud §. *ult. Inſt. de Obligat. quæ quaſi ex contractu?* Dum hìc ſtatuitur, quòd, ſi iis in cauſis, in quibus inficiando lis creſcit, ſit tranſactum, ideo ceſſet indebitè ſoluti repetitio;

Non reſcinditur tranſactio oblæſionem:

quia

quia transigere placuit. Præstito Juramento, is qui detulit, quanquàm in totum lædatur, non auditur; ut habet *Lex 5. §. 2. ff. de Jurejur.* & Lex. *21. ff. de dolo malo.* Cur ita? Petit scilicet (ùt inquit Cl. Voëtius *h.t. N. 24.*) jurans, non quia ante debitum erat; sed quia cœpit deberi ex conventione, quæ inest jurisjurandi delationi: Dum reus illud deferens actori, promisisse intelligitur, se soluturum, si actor juraverit, petita deberi; ac proinde etiam sibi imputare debet, quòd tali sub condictione obligatus esse voluerit. Pari modo id in transactione obtinet; cùm hæc duo effectu exæquata sint *Leg. 31. ff. de jurejur.* nam & ex transactione petens, non petit ideo, quia antea debitum erat; sed quia adversarius promisit, se daturum, si alter à lite ulteriore desistat; ideóque nec hìc inquirendum, à quâ lite (justâ, vel injustâ) actor destiterit; sed id unum, an conditio obligationis impleta sit. dict. *Leg. 65. ff. de condict. indeb.* atque hæc ideo sic obtinent, ut dubiæ litis tandem (sive per jusjurandum, sive per transactionem) sit non dubius exitus, & finis.

CXVIII. Cùm verò contrariæ sententiæ non minor, sit authoritas; videamus, quâ pollear ratione. Adducunt hujus patroni Legem *5. Cod. de* Argumenta contraria resolvuntur.

dol.

dol. mal. ex eâque hæc verba: *Sanè ſi Læſa es immodicè, liberatione ſolenniter per novationem atque acceptilationem tributa; non de dolo, propter paternam reverentiam, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.* Sed aut vehementer fallor, aut textus pro noſtrâ pugnat doctrinâ: Ponitur enim in Lege filia, à patre dolo decepta; quem caſum & nos [ùt auditum] excipimus: Contrà ſanè dicendum; ſi abeſſet dolus. Quòd verò filiæ non detur acto doli contra patrem; ſed in factum duntaxat; id aliunde eſt: Quia nempe famam ſuggillat. Quæ autem ſunt ejuſmodi, liberis contra parentes non conceduntur actiones *Leg. 5. §. 1. ff. de obſeq. à Lib. &c.* Adducunt etiam Legem *17. §. 4. ff. de Inſtit actione.* Inde probantes, quòd læſio in ſe dolum contineat. Verùm quam doli ſpeciem? Non eam quæ ex animo, ſed quæ ex eventu æſtimatur. Hæc non ſufficit; priorem abeſſe ſupponimus. At, inquiunt, dolus in re, & dolus in animo comparantur in Lege *36. ff de verb. Obligat.* Nimiùm probat, quiſquis ita arguit, adeoque nihil: Siquidem (ut de crimibus taceam) unanimem de jurejurando, parti à parte ſponte dilato, ac præſtito, doctrinam deſtruit vis huius argumenti. Comparentur proinde in negotiis certis; non comparantur in dubiis.

CXIX. De

CXIX. De Jure tamen Palatino, læsis ultra dimidium non denegatur transactionis rescissio; ùt videre licet *Part. 2. Tit. 13. in princip.* hic esto. De jure Palatino aliud dicendum

FINIS.

COROLLARIA.

EX JURE NATURÆ.

1.

JUs naturæ malè describitur per hoc, quod sit voluntas DEI necessariò obligantis.

2. *Ineptè etiam dicitur, esse dictamen rectæ rationis, præcipiens ea, quæ sunt intrinsicè honesta & prohibens contraria.*

3. *Est proinde si formaliter spectetur, ordinatio DEI præcipiens conservationem salutis publicæ: Materialiter & objectivè spectatum non est, nisi hæc indivisibilis lex: Salus Reipublicæ suprema lex esto.*

4. *Unde patet Jus naturæ à jure positivo sive hoc divinum, sive humanum: Sive Canonicum, sive Civile: Sive Publicum, sive privatum dixeris, non differre, cum hæ Juris species non sint, nisi explanationes legis naturæ; adeo ùt non tam in ratione juris, quam in sola ratione explicantis & explicati distinguantur.*

5. *Unde & præcepta Decalogi non sunt Jus naturæ, sed conclusiones exinde deductæ.*

6. *Est immutabile in esse, non vero in applicari cùm pro circumstantiarum varietate etiam varietur applicatio.*

EX JURE CANONICO.

7. *Debita indefinitè contracta etiam à sciente præscribi possunt.*

8. *Jus decimandi etiam quoad decimas rigorosè tales, uti & Jus Eligendi præscriptione sibi acquirere laicus potest.*

9. *Conditio impossibilis contractui matrimoniali apposita non habetur pro non adjecta; sed vitiat matrimonium.*

10. *Ob delictum ùt ùt sterile, nec lite contra defunctum contestatâ, datur actio ad reparationem Damni contra hæredem.*

11. *Usuræ legibus Imperii determinatæ in utroque foro licitæ sunt, quamvis nec lucrum cessans, nec damnum emergens probari possit.*

12. *Vicarius generalis mandatam habet Jurisdictionem.*

EX JURE CIVILI.

13. *Fratri ab utroque latere juncto, querelæ inofficiosi competit contra quoscunque.*

14. *Testamentum in quo vel nulla, vel non legitima exhæredationis causa expressa, ipso jure nullum esse, malè asserunt practici.*

15. *Æque inepte ex lege Diffamari C. de in gen. man. inferunt, gloriantem de debito, ad agendum cogi posse.*

16. *Non datur præsumptio juris & de jure: Seu, quæ non admittat probationem in contrarium.*

17. *Quod debitor speciei, interitu rei, liberetur, ex hoc indoctè infertur, emptoris periculum esse rei emptæ, ante traditionem.*

18. *Inapplicabilis est paræmia: favores ampliandi; odia restringenda.*

PARADOXA.

19. *Utile per inutile vitiatur.*

20. *Accessorium non sequitur naturam principalis.*

21. *Qui sentit commodum, non sentit onus & contra.*

22. *Nihil est tam contra naturam, quam quodlibet eo modo dissolvi, quo colligatum.*

23. *Plus juris in alium possum transferre quam ipse habeo.*

24. *Quod ab initio non subsistit, tractu temporis convalescit.*

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Alef, Franz, / Kylmann, Johann Jacob / Kylmann, Johann Wilhelm

Diss. iur. inaug. de transactione

Heidelberga 1738
4 Diss. 2452#Beibd.20
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10837271-9
VD18 14811464-001